



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.32, 2022

Semestral

ISSN: 1808-5822

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

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisão: *Luís Augusto Junges Lopes (Press Revisão)*

Tiragem: *2.000 exemplares*

Periodicidade: *anual*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Vice-Presidente

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

1º Secretário

Gabriel Augusto Godoy (CEAJU-DF)

2ª Secretária

Linéia Ferreira Costa (Salvador)

1ª Tesoureiro

Duílio José Sanchez Oliveira (São José dos Campos)

2ª Tesoureira

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (GEJUR-DF)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (DIJUR-DF)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Marcelo Dutra Victor (CEATR-DF)

Diretor de Honorários Advocatícios

Marcelo Quevedo do Amaral (CETEN-DF)

Diretora de Negociação Coletiva

Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

Diretor de Prerrogativas

Sandro Cordeiro Lopes (Niteroi)

Diretor Jurídico

Ricardo Carneiro da Cunha (Recife)

Diretor Jurídico Interino

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretor Social

Cláudia Elisa de Medeiros Teixeira (João Pessoa)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Anna Claudia de Vasconcellos

Duílio José Sanchez Oliveira

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

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

Antonio Carlos Ferreira

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

Bruno Queiroz Oliveira

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

Cacilda Lopes dos Santos

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

Carolina Reis Jatobá Coêlho

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

Clarissa Bueno Wandscheer

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

Cláudio Gonçalves Marques

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

Davi Duarte

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

Felipe de Vasconcelos Soares Montenegro Mattos

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

Iliane Rosa Pagliarini

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

João Pedro Silvestrin

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

Juarez de Freitas

*Pós-doutorado em Direito na Università degli Studi di Milano.
Doutor em Direito e Mestre em Filosofia. Presidente do Conselho
Editorial da Revista Interesse Público. Co-Diretor de Tese na
Universidade Paris II. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos
Estudos de Direito Público. Membro Nato do Conselho do Instituto
Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de
Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Pesquisador com
ênfase nas áreas de Interpretação Constitucional e Direito
Administrativo. Professor de Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Autor de várias obras
jurídicas. Advogado, Consultor e Parecerista.*

Kátia Aparecida Mangone

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

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

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

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

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

Manuel Munhoz Caleiro

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

Reis Friede

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

Roberto Di Benedetto

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

Vera Regina Hippler

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

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Luiz Fernando Padilha (CEPVA-DF)
Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (CEPVA-DF)
Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)
Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (CEAJU-DF)
Henrique Chagas (Aposentado/Presidente Prudente)
Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)
Elton Nobre de Oliveira (Aposentado/Rio de Janeiro)

Membros Suplentes

Weiquer Delcio Guedes Junior (Brasília)
Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)
Alfredo Ambrósio Neto (Aposentado/Goiânia)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)
Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)
Marcos Nogueira Barcellos (GEJUC-DF)

Membros Suplentes

Edson Pereira da Silva (GEATR-DF)
Jayme de Azevedo Lima (Aposentado/Curitiba)

SUMÁRIO

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

PARTE 1 – ARTIGOS

Complementação de aposentadoria – STJ – Tema 955 <i>Paulo Henrique Garcia Hermosilla</i>	15
O parecer jurídico a partir do Direito como Integridade <i>Jonas Faviero Trindade</i>	43
A Covid-19 como doença ocupacional: responsabilidade subjetiva ou objetiva? <i>João Pedro Gonçalves Mendonça e Daniela Lage Mejia Zapata</i>	57
A prática de <i>staining</i> como causa de justa causa empresarial e pagamento de indenização na Justiça do Trabalho <i>Amanda da Silva Brito e Daniela Lage Mejia Zapata</i>	91
As repercussões da pandemia do COVID-19 no que concerne às novas condutas trabalhistas em contraste com os direitos à dignidade humana e à saúde <i>Anna Clara Corrêa Condessa e Daniela Lage Mejia Zapata</i>	125
Inteligência artificial na advocacia - Advogado Artificial - Efeitos práticos nos escritórios <i>Nanaidê Fidalgo Souza</i>	153
O controle do mérito administrativo pelo Judiciário na cassação de mandato eletivo <i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira</i>	177
A derrotabilidade da norma e a ponderação de interesses em tempos de pandemia <i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira e Allan Dias Toledo Malta</i>	197
Imposto de Renda – Contribuições Extraordinárias para Entidade de Previdência Complementar – Isenção ou Não Incidência <i>Elton Nobre de Oliveira</i>	215

Funcionamento sistema de precedentes (<i>Stare Decisis</i>) – experiência direito bancário – desafios inteligência artificial	
<i>Jeremias Pinto Arantes de Souza</i>	227
Acórdão confirmatório da condenação como marco interruptivo da prescrição penal	
<i>Lilse Barroso Benevides de Magalhães</i>	283
O acolhimento pelo sistema judiciário das vítimas de violência de crimes sexuais e suas repercussões psíquicas	
<i>Uinara Lourenço da Costa</i>	309
Dos crimes contra a liberdade e a dignidade sexual: estupro virtual	
<i>Taynna Rafaella Souza Reis</i>	343

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal	
<i>Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual. Proibição de inscrição de inadimplente em cadastros restritivos. Competência da União. CDC</i>	363
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Recurso repetitivo. Alienação fiduciária. Veículo. Demora na baixa de gravame. Dano moral não presumido</i>	371
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Recurso repetitivo. Empréstimo bancário. Débito de prestações em conta-corrente. Ausência de limitador legal</i>	393
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Cédula de Crédito Bancário. Alienação fiduciária em garantia de imóvel. Lei nº 9.514/1997. Execução judicial. Possibilidade</i>	439

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO	457
--	-----

APRESENTAÇÃO

Com orgulho e satisfação, apresentamos mais um número da Revista de Direito, veículo de divulgação técnico-jurídica editada desde 2005 pela Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal.

Após um extenso período sem a segurança sanitária exigível para a realização de eventos presenciais, eis que em 2022, por ocasião de mais um Congresso anual promovido pela entidade, volta a Revista de Direito a ter um lançamento digno de sua história e de seus colaboradores.

A edição 32 da publicação conta com trabalhos produzidos por autores com os mais variados perfis e formações.

As páginas que seguem são carregadas de temas atualíssimos e de grande relevo em diversos campos do Direito.

Destaque para os trabalhos versando sobre a pandemia, vista pelos olhos críticos de alguns operadores do Direito.

A inteligência artificial, tema por vezes polêmico e um potencial instrumento a serviço da ciência jurídica e de seus praticantes, recebe contribuições importantes e atuais, em artigos capazes de despertar a atenção e um sensível debate.

Fomentar e divulgar a cultura jurídica, pela faceta do estudo científico promovido por seus protagonistas: estes são alguns dos objetivos perseguidos pela ADVOCEF através da Revista de Direito, dando voz e visibilidade a ideias e teses propostas por tantos que acreditam na ciência jurídica como fator diferenciador da civilidade e da harmonia.

Boa leitura

Diretoria Executiva da ADVOCEF



PARTE 1

ARTIGOS

Complementação de aposentadoria – STJ – Tema 955

Paulo Henrique Garcia Hermosilla

Advogado em São Paulo

*Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade
de São Paulo*

*Assessor Jurídico - AJURE/Adjunta Campinas -
Banco do Brasil S/A*

RESUMO

Os reflexos das condenações trabalhistas sobre as contribuições devidas às entidades de previdência privada complementar têm gerado debate nos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal definiu a competência da Justiça Comum para o processamento e o julgamento das ações propostas contra tais entidades. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça determinou que, quando já concedido o benefício, é inviável a inclusão de outras verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho no cálculo da renda mensal inicial dos proventos, que a concessão do benefício tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, evitando o desequilíbrio atuarial, e que os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época própria ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra o ex-empregador na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Tema 955. Indenização material.

ABSTRACT

The reflections of labor convictions on contributions as supplementary pension entities have generated debate in the Higher Courts. The Supreme Court defined the competence of the Common Justice for the processing and judgment of the actions proposed against such entities. Subsequently, the Superior Court of Justice determined that, when the benefit has already been granted, it is impossible to include other amounts recognized by the Labor Court in the calculation of the

initial monthly income of the earnings, that the granting of the benefit assumes the prior formation of a reserve mathematics, avoiding the actuarial imbalance and that any damages caused to the participant or to the assisted person who could not contribute to the fund at the proper time due to the employer's unlawful act may be repaired by means of a lawsuit to be brought against the former employer in Labor Court.

Keywords: Private pension. Supplemental retirement. Tema 955. Material damage.

Introdução

Um dos pedidos mais comuns constantes das ações trabalhistas é o pagamento de horas extras. Em caso de procedência do pedido, são incluídos nos cálculos de liquidação os reflexos sobre férias, terço constitucional, 13º salário e FGTS.

Essa é a consequência básica da condenação trabalhista.

Porém, também é muito comum que a condenação extrapole as verbas tradicionais e se estenda a outras verbas de natureza diversa, a exemplo dos valores devidos às entidades de previdência privada complementar, muito comuns no âmbito das chamadas “empresas estatais”, cujo tema voltou à tona em função das decisões proferidas pelas cortes superiores acerca da competência para o processamento de tais pedidos.

A questão, aparentemente simples, representa um desafio, pois, apesar de flertar com o Direito do Trabalho, tem suas raízes fincadas no Direito Civil e no Direito Previdenciário e envolve cálculos atuariais.

A competência para processar e julgar as demandas aforadas em desfavor das entidades privadas de previdência complementar foi definida pela Suprema Corte, que a atribuiu à Justiça Comum, diante da autonomia da relação contratual previdenciária em relação ao vínculo laboral.¹

Posteriormente, a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar demandas envolvendo a indenização material por perdas e danos referentes aos prejuízos decorrentes da não inclusão de verba de natureza salarial no cálculo do benefício de complementação de aposentadoria foi definida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, via incidente de resolução de recursos repetitivos.

¹ STF, RE 586.453/SE e RE 583.050/RS

Ao apreciar o tema, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça definiu que, quando já concedido o benefício da complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias reconhecidas posteriormente pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria².

Assim, os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época própria ante o ato ilícito do empregador, poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta em desfavor do ex-empregador perante a Justiça do Trabalho.³

Neste artigo serão abordados alguns apontamentos acerca da defesa patronal diante do posicionamento do STJ sobre o tema.

1 A escolha do tema

O tema é instigante pois, obviamente, o empregador procura mitigar o valor das condenações aplicadas pela Justiça do Trabalho, especialmente em demandas coletivas envolvendo o ambiente bancário, no qual os substituídos contam com sindicatos atuantes e escritórios de advocacia atentos aos interesses de seus clientes.

Como dito anteriormente, é comum constar das demandas trabalhistas os reflexos derivados da condenação principal referentes aos valores devidos às entidades de previdência privada complementar, ou seja, que o réu seja condenado a repassar os valores devidos àquelas entidades (cotas do empregador e do empregado), visando majorar o valor do benefício, especialmente quando o complemento de aposentadoria seja calculado com base no valor médio das contribuições e não com base na reserva individual.

² “A previdência complementar fechada é operada pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC), também denominadas de ‘fundos de pensão’. Como apresentamos no Capítulo 3, os fundos de pensão são organizações de direito privado, sem fins lucrativos e que mantêm planos coletivos de previdência. São acessíveis somente por grupos de trabalhadores de empresas específicas ou órgãos de classe (de profissionais ou setoriais) que estabelecem contrato com os fundos de pensão para operação de seus planos de benefícios, ou constituem as suas próprias entidades.” (NESE, Arlete. Fundamentos da previdência complementar: da administração à gestão de investimentos / Arlete Nese, Fabio Giambiagi. São Paulo: Atlas, 2020)

³ STJ, Tema 955, posteriormente ampliado pelo Tema 1021.

Ocorre que alguns substituídos se aposentam no decorrer do longo processamento das demandas judiciais e passam a receber o valor do benefício antes mesmo do trânsito em julgado da condenação trabalhista.

Nesse caso, é evidente que a base de cálculo do benefício previdenciário complementar não foi enriquecida com as verbas oriundas daquela demanda.

Como consequência, o aposentado sofrerá um prejuízo no valor do benefício, cuja cobrança, após o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, deverá ser processada através de demanda própria, a ser proposta perante a Justiça do Trabalho, contra o ex-empregador e não mais através da Justiça Comum.

Diante disso, o profissional encarregado da defesa dos interesses patronais deve estar atento aos diversos cenários que podem se apresentar em relação à demanda pretérita, pois é a partir dessa referência que será elaborada a contestação, lembrando que incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir (CPC, art. 336), sob pena de preclusão.

Portanto, o sucesso da defesa reside não apenas na oposição das tradicionais preliminares e prejudiciais de mérito e na impugnação do *meritum causae* propriamente ditos, mas também no cotejo da petição inicial anteriormente ajuizada, a qual poderá revelar elementos importantes ao incremento da defesa.

E são vários elementos que podem auxiliar a elaboração da defesa, desde a própria ausência da demanda pretérita, passando pela existência da demanda, mas ausência do pedido de reflexo das verbas salariais pretendidas sobre a complementação de aposentadoria, pelo acolhimento da incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito, pelo indeferimento dos reflexos e, por fim, por seu acolhimento, o que animou o autor a optar pelo tema, na tentativa de auxiliar os profissionais que atuam nessa seara a aprimorar as peças processuais e, quiçá, conseguirem melhores resultados.

2 Principais argumentos de defesa

A linha de defesa deve ser escolhida pelo próprio profissional, porém é influenciada pelo cenário que se apresenta no caso concreto, pela existência ou não de demanda anterior tratando do tema, pela data do ajuizamento, entre outros fatores.

Outra questão recorrente é que, em condições normais, o pedido será deferido, pois a jurisprudência vem se firmando no sentido de se aplicar ao caso o disposto nos arts. 186 e 927 do CC e no item “b” da tese fixada pelo STJ no REsp repetitivo 1.312.736/RS, fixando a responsabilidade do empregador na reparação dos prejuízos causados ao participante e o condenando ao pagamento da indenização por danos materiais equivalente à diferença entre o valor da aposentadoria complementar, paga pela entidade privada de previdência, e o valor que seria devido se a verba deferida no processo anterior houvesse integrado a base de cálculo do benefício como salário de participação.

Diante da perspectiva da provável condenação, deverá ser dada ênfase à oposição da prejudicial de mérito (prescrição) e aos pedidos subsidiários, a exemplo do requerimento de extinção do processo sem resolução do mérito em relação aos substituídos que, em demandas coletivas, já tenham ajuizado ação individual tratando do mesmo tema ou que tenham formalizado acordo extrajudicial⁴, considerando que a própria CLT prevê a possibilidade de composição amigável entre as partes, incluindo a homologação de tais acordos nos temas vinculados à Justiça do Trabalho (CLT, art. 652).

Essas medidas visam reduzir ou mesmo eliminar a responsabilidade do ex-empregador em demandas versando sobre o tema.

Em outras palavras, quem seja titular de plano de aposentadoria complementar e tenha pedido de verba salarial deferido através de demanda judicial (ex.: integração ao salário de anuênios, reconhecimento do caráter salarial do auxílio-alimentação, horas extras, etc.), faz jus aos reflexos da condenação sobre as contribuições devidas às entidades de previdência privada complementar, desde que a referida verba conste do estatuto da entidade previdenciária como integrante da base de cálculo do benefício de aposentadoria.

Entretanto, em outras tantas hipóteses a improcedência também é possível, cabendo ao profissional encarregado da defesa patronal opor todos os meios de impugnação disponibilizados pela legislação, a exemplo das preliminares, das prejudiciais de

⁴ CLT, Art. 625-E. “Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu proposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes. Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.”

mérito e da impugnação meritória propriamente dita, mecanismos essenciais ao sucesso da defesa.

3 Preliminares

A principal preliminar a ser utilizada pela defesa é a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar o pedido e se justifica, pois a relação jurídica mantida entre o autor e a entidade de previdência privada complementar decorre do Direito Civil e do Direito Previdenciário e não propriamente do Direito do Trabalho.

Nesse sentido, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho (CF, art. 114), cabendo à Justiça Comum o julgamento dos processos decorrentes de contrato de previdência complementar privada.

Além disso, ao contrário do que ocorre no regime geral de previdência social, a adesão ao plano de previdência privada complementar é facultativa e não integra o contrato de trabalho dos participantes (CF, art. 202, § 2º, da CF e LC 109/2001, art. 16, § 2º).

Partindo desse princípio, conclui-se que o empregador é responsável apenas pelas obrigações oriundas do contrato de trabalho, cabendo à entidade de previdência privada efetuar o complemento previdenciário, afastando o processamento da demanda no âmbito da Justiça do Trabalho.

Sobre o tema, confira-se o teor do art. 202, § 2º, da CF, com a redação dada pela EC 20/98:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. [...]

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

A relação entre o autor e a entidade de previdência privada complementar decorre de contrato civil de adesão voluntária, por meio do qual a entidade, com fulcro na Lei Complementar nº. 109/2001, assume o ônus de complementar a aposentadoria do assistido.

O C. STF reconheceu a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar questões relativas aos contratos de previdência complementar privada quando do julgamento do RE 586.453/SE e do RE 583.050/RS:

EMENTA Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda - Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13). 1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta. 2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema. 3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se

o complemento de aposentadoria. 4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013). 5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio.

Restando claro que o contrato de previdência privada complementar não integra o contrato de trabalho, conclui-se que a ação deve ser proposta na Justiça Comum e não na Justiça do Trabalho.

Desse modo, se a questão envolve a discussão do estatuto da entidade de previdência privada, não compete à justiça especializada determinar o recolhimento das contribuições àquela entidade, nem o recálculo das parcelas pagas.⁵

O calcanhar de Aquiles da preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho reside na pouca ou nenhuma eficácia da preliminar em relação ao ex-empregador e ex-patrocinador do plano de previdência privada.

É que o argumento aproveita muito mais as entidades de previdência privada complementar nas demandas aforadas contra si perante a Justiça do Trabalho. Estas, sim, diretamente beneficiadas pela preliminar, especialmente nos processos ajuizados após a modulação estabelecida pela Suprema Corte em relação aos feitos da espécie que já tenham sido sentenciados pelo mérito até o dia da conclusão do julgamento do RE 586.453/SE e do RE 583.050/RS (20/02/2013).

No mesmo sentido, o item II da tese firmada pelo E. STJ no âmbito do Tema 955 (REsp 1.312.736/RS), o qual determina que os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante

⁵ TRT15 – ROT 0012612-81.2016.5.15.0093

o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.

A ilegitimidade passiva também pode ser explorada como consequência do disposto no art. 202, § 2º, da CF, pois se as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, não há razão para que o ex-empregador conste do polo passivo da relação processual, devendo a demanda ser deduzida perante a Justiça Comum e em face da entidade de previdência privada complementar.

Sobre o tema, constou do REsp repetitivo 1.370.191/RJ a seguinte tese vinculante (art. 927, III, do CPC):

I - O patrocinador não possui legitimidade passiva para litígios que envolvam participante/assistido e entidade fechada de previdência complementar, ligados estritamente ao plano previdenciário, como a concessão e a revisão de benefício ou o resgate da reserva de poupança, em virtude de sua personalidade jurídica autônoma.

Considerando a alegação de prejuízo ao benefício derivado da complementação de aposentadoria, a denúncia da lide e o chamamento ao processo da entidade de previdência privada também podem ser explorados pela defesa, sendo necessária a integração daquela entidade ao polo passivo da relação processual, a fim de apresentar a memória de cálculo e a metodologia utilizada, pois trata-se de cálculo atuarial e, portanto, específico, por levar em consideração o sexo, a idade, a expectativa de vida do participante, entre outros fatores.

A indenização pretendida deve ser calculada na forma estabelecida pelo regulamento do plano de previdência complementar, pois este prevê a limitação do teto, a proporcionalidade, a média das contribuições, as verbas a serem consideradas no cálculo, e outras informações úteis à liquidação do valor da condenação.

Assim, para se definir o montante da indenização, é necessário efetuar o cálculo, analisar os parâmetros, limites e tetos previstos no regulamento, sendo óbvio que o ex-empregador não detém tais informações nem a expertise necessária sobre o tema.

Na contestação deverá constar, ainda, se o pedido de recolhimento das contribuições das diferenças apuradas, pessoal e patronal, à entidade de previdência privada complementar já foi deduzido na demanda anterior, pois, neste caso, bastará ao autor requerer, administrativa ou judicialmente, perante a Justiça Comum, o recálculo da complementação de aposentadoria àquela entidade, carecendo, portanto, de interesse processual na demanda trabalhista (CPC, arts. 17 e 485, VI).

Outras preliminares poderão ser exploradas, a exemplo da inexistência de pedido certo e determinado (CLT, art. 840, §§ 1º e 2º); da ausência de vinculação do pedido ao precedente (Resp 1.312.736/RS – STJ, Tema 955)⁶; da inexistência de identidade fática (CPC, arts. 927, § 1º e 489, § 1º); e se, na demanda anterior, o pedido tenha sido indeferido, deve ser arguida a exceção de coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; CPC, arts. 485, V, e 508) uma vez que, transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Finalmente, poderá ser arguida a ausência de interesse processual em face da inexistência de uma “reclamação trabalhista em que o ex-empregador tenha sido condenado a recompor a reserva matemática, havendo autorização de pedido de indenização por danos materiais somente na hipótese de se tornar inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar”, conforme determina o item IV do Tema 955, acarretando a ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita.⁷ Sobre o tema, confira-se:

Ora, como já exposto, o item IV (“d”), da Tese do Recurso Especial Repetitivo nº 1.312.736/RS, torna nítida a necessidade da existência de uma reclamação trabalhista em que o ex-empregador

⁶ Esta preliminar perdeu sua importância a partir do Tema 1021 do STJ, o qual ampliou a possibilidade de cobrança dos prejuízos causados ao participante ou assistido em relação a qualquer verba e não apenas às horas extras objeto do Tema 955. Nesse sentido, os arestos proferidos nos seguintes recursos: TRT15 – RORSum 0010334-53.2020.5.15.0001 – Rel.: Des. Rosemeire Uehara Tanaka – 3ª Câmara – Segunda Turma – julgamento: 20/07/2021 – publicação: 21/07/2021 – v.u. / TRT15 – RORSum 0010278-90.2021.5.15.0128 – Rel.: Des. Manuel Soares Ferreira Carradita – 7ª Câmara – Quarta Turma – julgamento: 10/09/2021 – publicação: 11/09/2021 – v.u.

⁷ TRT15 – ROT 0011293-04.2020.5.15.0137 – Rel.: Des. Rosemeire Uehara Tanaka – 5ª Câmara – Terceira Turma – julgamento: 26/01/2021 – publicação: 28/01/2021 – v.u.

tenha sido condenado a recompor a reserva matemática, havendo autorização de pedido de indenização por danos materiais somente na hipótese de se tornar inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar.

E, como também anteriormente consignado, a reclamante no presente feito não formulou pedido visando, primeiro, que fosse reconhecido o direito da existência da diferença em sua complementação de aposentadoria, em razão da não inclusão nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria das parcelas deferidas no processo anteriormente ajuizado.

O reconhecimento de tal direito, seja em outra ação trabalhista, ou mesmo na própria ação, precede o pedido de indenização substitutiva formulado no presente feito.

Assim, não deferido o “principal” (diferenças na complementação de aposentadoria), não há como se reconhecer que devido o “acessório” (a indenização substitutiva pleiteada), restando patente, neste diapasão, a ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita.

É certo que o interesse processual pressupõe, além da correta descrição da alegada lesão ao direito material, a aptidão do provimento solicitado para protegê-lo e satisfazê-lo mediante a prestação jurisdicional. Portanto, incumbia à autora da ação escolher o procedimento e o provimento adequados à situação fática deduzida (interesse-adequação), o que não restou observado na hipótese vertente.

Neste sentido, acolhe-se a preliminar arguida pela parte reclamada para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no próprio art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

(TRT15 – ROT 0011548-78.2020.5.15.0066 – Rosângela Del Lama Mulin x Banco do Brasil S/A – Rel.: Des. Fábio Bueno de Aguiar – 1ª Câmara – Primeira Turma – julgamento: 09/11/2021 – publicação: 17/11/2021 – v.u.)

4 Prejudicial de mérito

Sobre o tema supra, necessário verificar o teor da tese firmada pelo E. STJ no âmbito do Tema 955 (REsp 1312736/RS):

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

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

III - Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso;

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

Antes de enfrentar o mérito, não se deve esquecer da prejudicial de mérito referente à prescrição, lembrando que, no âmbito da Justiça do Trabalho, ao contrário da Justiça Comum, prevalece o entendimento que a prescrição não pode ser acolhida de ofício pelo magistrado, pois carece de provocação pelo interessado.

Caso o contrato de trabalho tenha se encerrado, o réu deverá verificar a data da rescisão e, se for o caso, indicar que a pretensão se encontra fulminada pela prescrição bienal ou total (CF, art. 7º, XXIX, e CLT, art. 11), requerendo a extinção do processo, com resolução do mérito (CPC, art. 487, II).

Nesse sentido, confira-se o entendimento esposado pelo TRT da 15ª Região em recente pronunciamento:

Em sua impugnação, o Reclamante alega que o termo inicial da prescrição é o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.312.736/RS (tema 955), em março de 2019, pois até então prevalecia a regra de que a pretensão deveria ser deduzida perante a Justiça Comum, em face da entidade de previdência complementar, conforme decidido pelo E. STF no Recurso Extraordinário nº 586.453 (Tema 190), com repercussão geral. Sustenta que o prazo prescricional para a pretensão de reparação civil é o trienal, previsto no art. 206 do Código Civil. [...]

Reforço ainda que a decisão do E. STJ não tem o condão de alterar a regra constitucional relativa à incidência da prescrição bienal (artigo 7º, XXIX, da CF). O que ocorreu foi apenas uma interpretação do conjunto normativo por aquela Corte, sendo que nenhum direito foi criado pelo acórdão invocado.

Friso que antes do julgamento do REsp 1.312.736/RS não havia óbice ao ajuizamento de ação, na Justiça do Trabalho, contra o empregador postulando os reflexos em regime de previdência privada - que poderia ter sido formulado na própria reclamatória que reconheceu o direito do empregado ao pagamento de verbas com natureza salarial, importante registrar -, ou mesmo a indenização por conta de diferenças a esse título.

Portanto, não prospera o argumento obreiro de que a “actio nata” surgiu apenas com o advento de tal decisão.

Reforço que o interesse do autor decorreu do alegado ato ilícito do réu, o qual teria inadimplido verbas remuneratórias devidas durante o contrato de trabalho e, assim, não foram incluídas na base de cálculo da previdência complementar.

Nesse contexto, tendo em vista que o reclamante se aposentou em 05/10/2014, foi a partir deste momento que surgiram os prejuízos alegadamente causados pelo referido ato ilícito, na medida em que, com a aposentadoria, o trabalhador passou a receber o benefício complementar cujo valor estaria equivocado, tomando ciência da lesão (“actio nata”).

Como já mencionado, tratando-se de reparação civil decorrente da relação de emprego, consistente em indenização de perdas e danos a ser paga pelo empregador, tanto que não foi formulado qualquer pedido contra a entidade de previdência complementar, a prescrição aplicável é a trabalhista, fixada no art. 7º XXIX da Constituição Federal e 11 da CLT, não havendo se falar em prescrição trienal prevista no Código Civil.

No entanto, a presente ação foi proposta apenas em 27/07/2021, ou seja, cerca de 12 anos após o trânsito em julgado do processo que reconheceu o direito do empregado ao recebimento de parcelas de natureza salarial e quase sete anos após a extinção contratual e o recebimento do primeiro benefício de aposentadoria complementar, o que torna imperativo o reconhecimento da prescrição nuclear.

Neste sentido, trago à baila precedente do E. TRT da 3ª Região que analisou questão idêntica:

“BANCO DO BRASIL. INDENIZAÇÃO POR DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO PARCIAL. ACTIO NATA. Não se aplicam ao pedido de indenização por danos materiais decorrentes de diferenças de complementação de aposentadoria a prescrição total e bienal, muito menos a trienal prevista no Código Civil, mas apenas a prescrição trabalhista parcial e quinquenal prevista no inciso XXIX do art. 7º da CR/88. Com efeito, os supostos prejuízos da reclamante somente teriam se iniciado a partir da extinção do vínculo de emprego, quando ela passou a receber a complementação de aposentadoria paga pela entidade de previdência privada (PREVI), logo, face ao princípio da actio nata, não é cabível a contagem do prazo prescricional trabalhista de 2 anos a partir da extinção do vínculo de emprego”. (RO 0010433-

79.2020.5.03.0058, Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno, Julgamento: 02/06/2021, 9ª Turma, Publicação 04/06/2021).

Por todo o exposto, correto o primeiro grau ao reconhecer a prescrição bienal sobre eventuais obrigações decorrentes do extinto contrato de trabalho, incluindo a obrigação de reparar perdas e danos relativamente a fato ocorrido a partir de 06/10/2014, nos termos do artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal.

Nada a modificar.

(TRT15 – ROT 0010739-92.2021.5.15.0118 – Homero Iorio x Banco do Brasil S/A – Rel.: Des. Eleonora Bordini Coca – 4ª Câmara – Segunda Turma – julgamento: 15/02/2022 – publicação: 17/02/2022–v.u.)

Outras datas podem ser exploradas como *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional, a exemplo do julgamento do REsp 1.312.736/RS aos 08/08/2018, com acórdão publicado aos 16/08/2018 e trânsito em julgado aos 28/03/2019, quando nasceu para o autor a inequívoca ciência quanto à competência da Justiça do Trabalho e o eventual direito de requerer a reparação.

Acaso existente demanda anterior, é imprescindível que seja analisada outra modalidade de prescrição, a prescrição intercorrente, introduzida no art. 11-A da CLT pela Reforma Trabalhista (Lei nº. 13.467/2017), a qual prevê sua aplicação ao processo do trabalho no prazo de dois anos, contados da data em que o exequente, no curso da execução, deixar de cumprir alguma determinação judicial.

A prescrição intercorrente pode ser requerida ou mesmo declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição (CLT, art. 11-A, § 2º, da CLT).

Nessa direção, deve o réu alegar que a pretensão autoral, em verdade, é a execução da decisão proferida na demanda anterior, a qual transitou em julgado há mais de dois anos e o autor não cuidou de executar o capítulo da sentença referente à complementação de aposentadoria.

Segundo o STF, prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação, e o Direito do Trabalho admite a prescrição intercorrente (súmulas 150 e 327). Também nesse sentido a prescrição intercorrente prevista na LEF (Lei 6.830/80, art. 40, c/c CLT, art. 889).

Portanto, caso o autor tenha deixado transcorrer *in albis* o prazo para a cobrança das diferenças reclamadas, deve ser requerida a extinção do feito, com resolução do mérito, com base na prescrição intercorrente (CPC, art. 487, II, segunda figura).

Nos termos da Súmula 327 do C. TST, a pretensão em tela se sujeita à prescrição parcial e quinquenal, salvo se decorrente de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição à época da propositura da ação.

Apesar da pouca eficácia, pois, obviamente, as verbas não foram recebidas no curso da relação laboral, recomenda-se a arguição da prescrição parcial⁸.

A prescrição civilista trienal também deve ser citada, uma vez que, tratando-se de reparação civil decorrente da não inclusão da verba no cálculo do benefício previdenciário do autor, insere-se o tema no âmbito do art. 206, § 3º, V, do CC, o qual determina que a prescrição da pretensão de reparação civil é de 3 anos, a contar da data do ato ilícito, lembrando que a prescrição deve ser contada a partir do trânsito em julgado da demanda anterior, quando surgiu, para o autor, a pretensão (*actio nata*).

Segundo dispõe o art. 189 do CC, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206 do mesmo diploma legal.

Por fim, a clássica prescrição quinquenal trabalhista. Caso o trânsito em julgado da demanda anterior tenha ocorrido há pelo menos cinco anos da rescisão contratual do autor, verifica-se a prescrição quinquenal dentro da relação empregatícia, considerando que o autor teve cinco anos para requerer o repasse das contribuições à entidade de previdência privada complementar.

5 Mérito

Quanto ao mérito, diversos argumentos podem ser trazidos à baila pelo réu, sendo o mais comum e eficaz o destaque para o

⁸ Súmula nº 327 do TST
COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO PARCIAL (nova redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo se o pretendo direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação.

cumprimento da obrigação ainda no âmbito da demanda anterior, afastando o ato ilícito que ensejaria a indenização correspondente à majoração do benefício, considerando que a obrigação já foi cumprida. Nesse sentido, o C. TST:

Mas, conforme se observa dos destaques feitos na transcrição do acórdão regional, repita-se, **o Banco do Brasil já cumpriu sua obrigação, no sentido de recolher os reflexos à entidade de previdência complementar. Ou seja, inexistente ato ilícito do reclamado, a ensejar a indenização correspondente à majoração do benefício, haja vista que sua obrigação já foi cumprida – premissa fática inconteste, à luz da Súmula 126 do TST.**

(TST – TST-Ag-RR-138-45.2019.5.10.0018 – Vania Maria Porto Brixi x Banco do Brasil S/A – Rel.: Min. Mauricio Godinho Delgado – 3ª Turma – julgamento: 12/05/2021 – publicação: 14/05/2021 – v.u.)

O ato ilícito suscitado pelos reclamantes como causa de pedir se encontra tipificado nos arts. 186 e 187 do Código Civil⁹.

Sucessivamente, em caso de condenação, deve ser requerida a observância do art. 202, § 3º, da CF, o qual prevê a paridade das cotas.¹⁰

A propósito das cotas, deverá ser requerida a dedução da condenação dos valores que seriam devidos pelo próprio participante (quota pessoal sob sua responsabilidade) para a forma-

⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁰ Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. [...]

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

ção da reserva matemática necessária à aquisição do direito às diferenças pretendidas, nos termos do estatuto e do regulamento da entidade de previdência privada.

6 Tendências

Parece haver uma tendência na jurisprudência no sentido de rejeitar as preliminares sugeridas neste artigo. Quanto ao mérito, a questão também parece estar se definindo em favor do autor.

Resta ao ex-empregador, portanto, explorar com mais ênfase as prejudiciais de mérito, especialmente as prescrições bienal e quinquenal.

No âmbito do TRT da 15ª Região, vejamos alguns arestos que acolheram a prescrição total, considerando como *dies a quo* a decisão do STJ:

Desta forma, como o decidido pelo STJ quanto ao Tema 955 foi publicado em 16/08/2018 e tendo o autor tão somente proposto a presente ação em 17/06/2021, não houve observância quanto ao prazo prescricional de 2 anos, previsto no art. 7º, XXIX, da CF.

(TRT15 – RORSum 0010586-81.2021.5.15.0046 – Dalmo Mantetti x Banco do Brasil S/A – Rel.: Des. Lourival Ferreira dos Santos – 5ª Câmara - Terceira Turma – julgamento: 14/12/2021 – publicação: 17/12/2021 – v.u.)

No caso em questão, não incide à hipótese o entendimento consubstanciado na Súmula 327 do C. TST, pois não se trata de pedido de complementação de aposentadoria ou de diferenças de complementação de aposentadoria, mas de indenização por danos materiais decorrentes do contrato de trabalho, conforme postulação inicial.

A ruptura contratual ocorreu em 21/07/2013, com recebimento do benefício quando se aposentou em 22/07/2013 e ajuizamento da presente ação em 16/12/2020.

[...]

Sob o aspecto do princípio da *actio nata* invocado pela autora, o RES 1.312.736/RS foi julgado pelo E. STJ em 08/08/2018, com publicação em 16/08/2018 e a presente ação foi proposta em 16/

12/2020, de modo que há a incidência da prescrição total, como decidido pela origem (TRT15 – RORSum 0011981-63.2020.5.15.0137 – Silvia Regina Furlan x Banco do Brasil S/A – Rel.: Des. Samuel Hugo Lima – 5ª Câmara – Terceira Turma – julgamento: 21/09/2021 – publicação: 23/09/2021 – v.u.)

Outros arestos da lavra do TRT da 15ª Região afastaram a prescrição total, mas admitiram a prescrição parcial. Confira-se:

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

E, no caso vertente, entendo que a actio nata sequer se verificou, considerando que a sentença que reconheceu o direito da reclamante a horas extras (aí incluído o intervalo do art. 384 da CLT) e intervalo intrajornada (vide sentença cognitiva às fls. 62/74 dos autos e V. Acórdão às fls. 80/113), e na qual a reclamante se baseia para postular indenização por danos materiais com fulcro no julgamento do STJ, sequer transitou em julgado, tanto que a reclamante formulou pedido de suspensão do feito justamente por tal motivo. Assim, muito embora o contrato tenha sido extinto em 19/12/2016, entendo que o ajuizamento da ação em 22/10/2020 não extrapola o prazo ditado ao exercício do direito previsto no art. 7º, XXIX, da CF/88, bem como no art. 11 da CLT, impondo afastar a prescrição bienal declarada na origem.

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

(TRT15 – ROT 0011389-10.2020.5.15.0043 – Susette Maria Gielamo Oliveira x Banco do Brasil S/A – Rel.ª: Juíza Luciana Nasr – 6ª Câmara – Terceira Turma – julgamento: 14/09/2021 – publicação: 21/09/2021 – v.u.)

A reclamante foi admitida aos serviços da reclamada em 09/03/1981, para o exercício da função

de “Escriturária”, até a sua rescisão contratual, em 31/05/2009, por motivo de aposentadoria, e recebeu como última remuneração a importância mensal de R\$ 2.989,03 (TRCT - ID 9a92e70). [...]

Ante todo o exposto, tendo em vista o trânsito em julgado do julgamento do REsp 1.312.736-RS em 28/03/2019 e o ajuizamento da presente ação em 26/03/2021, não há prescrição bienal, trienal e quinquenal total a ser pronunciada.

O marco prescricional quinquenal parcial foi corretamente estabelecido em sentença, a saber, na data de 26/03/2016.

Finalmente, também não há que se falar em prescrição intercorrente, valendo reiterar que a presente demanda não se confunde com a ação coletiva n.º 0120800-76.2000.5.15.0014.

Nego provimento.

(TRT15 – ROT 0010365-46.2021.5.15.0128 – Rosângela Moller x Banco do Brasil S/A – Rel.^a: Juíza Adriene Sidnei de Moura David – 5ª Câmara – Terceira Turma – julgamento: 21/09/2021 – publicação: 17/12/2021 – v.u.)

No mesmo sentido, o TRT da 2ª Região:

Considerando que a pretensão relativa à integração da parcela CTVA na complementação de aposentadoria decorre no caso, de norma regulamentar da reclamada, não há que se falar em prescrição total, mas somente, a prescrição parcial.

[...]

Por tais motivos, dou provimento ao recurso para afastar a prescrição total declarada e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito e análise dos pedidos formulados na petição inicial, evitando-se a ocorrência de nulidade por supressão de instância.

(TRT2 – ROT 1001305-90.2020.5.02.0043 – Ivete Kanaciro x Caixa Econômica Federal – Rel.: Des. Valeria Pedroso de Moraes – 9ª Turma – julgamento: 18/11/2021 – publicação: 22/11/2021 – v.u.)

Assim, incide no caso a prescrição com base na data da ciência do ato que o autor imputa como

lesivo, e não da extinção do contrato de trabalho, ou seja, a partir do saldamento, cuja adesão foi dada em 16.11.2006 (id 960e4e7).

Desse modo, correta a incidência da prescrição quinquenal (16.11.2011), estando a pretensão prescrita antes mesmo do encerramento do contrato de trabalho e anos antes do ajuizamento desta ação.

E mesmo que se considerasse como data da lesão a concessão do benefício, em 04.07.2012, também estaria prescrita a pretensão indenizatória. Não há respaldo para adoção de tese do autor de adoção da data de julgamento do STJ como dies *a quo* tendo em vista que o julgado refere expressamente à modulação em relação às ações que já estavam em curso, além de que na época do julgamento, já havia transcorrido cinco anos da ciência do que o reclamante aponta como lesão.

Nego provimento.

(TRT2 – ROT 1000147-18.2021.5.02.0446 – Oscar Henrique Ferreira x Caixa Econômica Federal – Rel: Des. Bianca Bastos – 9ª Turma – julgamento: 11/11/2021 – publicação: 16/11/2021 – v.u.)

O C. STJ, em mencionado julgamento, fixou regras de competência (e não de prescrição), estabelecendo que as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do julgamento, 08/08/2018, poderiam incluir os reflexos de verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho e que, após mencionada data, novas demandas deveriam ser ajuizadas na Justiça do Trabalho, que é a competente para tal.

Ora, a parte tinha ciência do eventual direito à reparação, desde 15/09/2005, quando transitou em julgado a ação representada nos autos 01423.1997.03.5.02.001, e que reconheceu seu direito a horas extras de natureza remuneratória que integram a base de cálculo da complementação.

Poderia ter ajuizado a demanda a tempo e modo, no foro competente. Se assim não o fez, submeteu-se aos efeitos da preclusão máxima aplicável no caso, ou seja, da prescrição total trabalhista.

Acresça-se que, fixado o início da contagem prescricional em 15/09/2005 e, tendo sido ajuizada a

presente demanda apenas em 05/11/2020, sequer socorre à parte a alegação de aplicação da prescrição trienal prevista na legislação civil.

(TRT2 – RORSum 1001175-89.2020.5.02.0079 – Ana Ines Vilarim x Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil e outro – Rel.: Des. Sonia Maria Forster do Amaral – 2ª Turma – julgamento: 08/09/2021 – publicação: 13/09/2021 – v.u.)

No âmbito do C. TST, confira-se o seguinte entendimento:

Ora, conforme consignado no acórdão recorrido, a ciência inequívoca da lesão que ampara o pedido da reclamante de pagamento de indenização por danos materiais ocorreu no momento em que foi concedido o benefício previdenciário em valor diverso ao que teria direito, sendo que, na hipótese, houve o transcurso de mais de cinco anos entre esse marco e o ajuizamento da presente demanda, não havendo, assim, como do alterações por fatores externos.

Pelo exposto, denego seguimento ao agravo de instrumento.

(TST - AIRR 156-93.2021.5.13.0024 - 8ª Turma - Rel.: Min. Dora Maria da Costa - Lucia Cleide dos Santos Filgueiras x Banco do Brasil S/A - julgamento: 19/10/2021 - publicação: 26/10/2021)

Conclusão

O operador do direito deve trabalhar com os fatos que se encontram postos no mundo jurídico. No caso da complementação de aposentadoria, as diretrizes foram traçadas pelo aresto proferido pela 2ª Seção do STJ quando do julgamento do Recurso Especial repetitivo n.º 1.312.736/RS, representativo da controvérsia reiterada descrita no Tema 955, onde em que foram destacadas as orientações sobre o tema, norteando as futuras decisões judiciais.

Importante lembrar que, embora a indenização derivada da decisão proferida no REsp Repetitivo 1.312.736/RS (Tema 955) se refira expressamente à condenação ao pagamento de horas extras, aos 17/02/2021 o STJ ampliou sua abrangência através do Tema 1.021, onde em que restou definido que, seja qual for a espécie de verba remuneratória reivindicada perante a Justiça

do Trabalho, é inviável sua incorporação ao benefício de previdência complementar caso não haja o prévio aporte financeiro, sendo, portanto, de rigor a prévia formação de reserva matemática para a concessão do benefício de previdência complementar, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial do plano¹¹.

Em suma, não havendo reserva matemática constituída previamente, as verbas reconhecidas em demanda trabalhista não podem ser incluídas no cálculo de benefício já concedido pelas entidades de previdência complementar fechada.

Foi definida a inviabilidade da inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria já concedida.

Assim, a partir do julgamento do STJ, o benefício da complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada já concedido se torna imutável, não sofrendo alterações por fatores externos.

Esse entendimento trouxe alívio às entidades de previdência privada na medida em que atribuiu segurança jurídica ao tema, imunizando tais entidades das oscilações contábeis externas, as quais poderiam comprometer o equilíbrio atuarial dos planos.

Foi definida a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as demandas cuja causa de pedir envolva os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito patronal, demanda essa que passaria a ser manejada unicamente em desfavor do ex-empregador e não mais da entidade de previdência complementar.

Quanto à modulação dos efeitos, o STJ manteve na Justiça Comum as demandas aforadas até a data do julgamento Resp 1.312.736/RS, desde que ainda fosse útil ao participante ou assistido, sendo admitida a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, porém, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte do valor a ser apurado, atra-

¹¹ Fonte: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/03112020-Sem-formacao-de-reserva—verba-obtida-em-acao-trabalhista-nao-afeta-beneficio-complementar-ja-concedido-.aspx>>. Acesso: 20/02/2022.

vés de estudo técnico atuarial em cada caso (CPC, art. 927, § 3º).

Por último, definiu o STJ que nas demandas trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar.

Tais regras servem de guia a orientar os profissionais que atuam no desafiante ambiente das lides previdenciárias privadas. Porém, as orientações traçadas pelo STJ, além de servirem de farol a nortear a atuação dos envolvidos, trouxeram a necessária segurança jurídica ao instituto, especialmente pelo fato de se lidar com dados atuariais, estranhos à previsibilidade dos cálculos objetivos das liquidações trabalhistas em geral.

Não por acaso, a ABRAPP – Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar –, recentemente, se manifestou acerca da impossibilidade de repercussão de verba deferida em reclamação trabalhista no cálculo do benefício de aposentadoria das entidades fechadas de previdência complementar, definida pelo STJ nos temas 955 e 1.021.

No entender da ABRAPP, a decisão do STJ ampara o ex-empregado na eventualidade do cometimento de ato ilícito pelo ex-empregador, impondo-se, na verdade, “reflexão a respeito da indenização pelo “ilícito previdenciário”, pois as verbas trabalhistas observam o limite do prazo prescricional de cinco anos, mas, de outro lado, a indenização pelo “ilícito previdenciário” poderá ter a projeção futura, gerando valores expressivos a serem custeados pelo empregador-patrocinador, dentre outros relevantes aspectos para mensuração dos valores tratados.”¹²

No mesmo sentido, a PREVI¹³ – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – se manifestou acerca da decisão do STJ, destacando ser uma decisão extremamente importante para os planos de benefícios das entidades de previdência complementar, pois, na prática, excluiu a possibilidade de recalcular aposentadorias já concedidas para considerar todas as verbas remuneratórias, como horas extras, anuênios, insalubridade, entre outras, que tenham sido incorporadas ao salário do traba-

¹² Fonte <<https://www.abrapp.org.br/2021/08/12/>>. Acesso: 13/02/2022.

¹³ Fonte <<https://www.previ.com.br/resenhaprevi/decisao-do-stj-traz-mais-seguranca-para-planos.htm>>. Acesso: 13/02/2022.

lhador pela Justiça do Trabalho, reiterando que a decisão proferida no Tema 1021 ampliou o entendimento firmado em 2018, que abordava apenas as horas extras.

A PREVI lembrou que a decisão é importante pois a revisão dos benefícios com base na concessão de verbas remuneratórias pela Justiça do Trabalho causava desequilíbrio aos planos, haja vista que o benefício era recalculado pela Justiça e seu valor aumentava sem que houvesse a reserva matemática, que é o passivo atuarial do plano trazido a valor presente, ou seja, o valor que a PREVI precisa ter para investir e gerar recursos para o pagamento dos benefícios ao longo dos anos, causando prejuízo tanto à entidade quanto aos participantes.

Se a notícia causou alívio às entidades de previdência privada complementar, o mesmo não pode ser dito em relação aos patrocinadores, pois estes, além de terem sido condenados na demanda trabalhista pretérita, correm o risco de serem novamente demandados a ressarcir os prejuízos causados ao participante que não pôde contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do ex-empregador.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 955. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 1021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.312.736/RS. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 583.050/RS. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2608448>>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 586.453/SE. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2616941>>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 150. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula150/false>>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. ROT 1000147-18.2021.5.02.0446. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consulta-processual/detalhe-processo/1000147-18.2021.5.02.0446/2#7b605b3>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RORSum 1001175-89.2020.5.02.0079. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001175-89.2020.5.02.0079/2#d0793ba>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. ROT 1001305-90.2020.5.02.0043. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001305-90.2020.5.02.0043/2#bbbf927>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RORSum 0010278-90.2021.5.15.0128. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010278-90.2021.5.15.0128/2#75b1a30>>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RORSum 0010334-53.2020.5.15.0001. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010334-53.2020.5.15.0001/2#7019376>>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. ROT 0010365-46.2021.5.15.0128. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010365-46.2021.5.15.0128/2#8a41e80>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RORSum 0010586-81.2021.5.15.0046. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010586-81.2021.5.15.0046/2#82a7b51>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. ROT 0010739-92.2021.5.15.0118. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010739-92.2021.5.15.0118/2#e8c7fb5>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. ROT 0011293-04.2020.5.15.0137. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011293-04.2020.5.15.0137/2#8dad050>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. ROT 0011389-10.2020.5.15.0043. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011389-10.2020.5.15.0043/2#daadf3b>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. ROT 0011548-78.2020.5.15.0066. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011548-78.2020.5.15.0066/2#03dadb5>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RORSum 0011981-63.2020.5.15.0137. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011981-63.2020.5.15.0137/2#2b3bdf0>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. ROT 0012612-81.2016.5.15.0093. Disponível em: <<https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0012612-81.2016.5.15.0093/2#58d7c42>>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 156-93.2021.5.13.0024. Disponível em: <<https://consulta.processual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=156&digitoTst=93&anoTst=2021&orgaoTst=5&tribunalTst=13&varaTst=0024&submit=Consultar>>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-RR 138-45.2019.5.10.0018. Disponível em: <<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=138&digitoTst=45&anoTst=2019&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0018&submit=Consultar>>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 327. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_

[indiceSumulas_Ind_301_350.html#SUM-327](#)>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

Lei de Execução Fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

Lei nº. 13.467/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2022.

Lei complementar nº 109 de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp109.htm

NESE, Arlete. Fundamentos da previdência complementar: da administração à gestão de investimentos / Arlete Nese, Fabio Giambiagi. São Paulo: Atlas, 2020

O parecer jurídico a partir do Direito como Integridade

Jonas Faviero Trindade

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul

Especialista em Direito Constitucional (Anhanguera UNIDERP)

Especialista em Regimes Próprios de Previdência Social (Damásio)

Especialista em Filosofia e Teoria do Direito (PUC-MG)

RESUMO

A atuação do jurista, exercente de função pública, seja qual for a espécie de agente público, instado a marcar posição em um parecer jurídico, não recebe o mesmo destaque daquele conferido, por exemplo, à atuação dos juízes. O problema que se pretende responder é: em que medida o parecer jurídico deve fazer parte da cadeia decisória do Direito e qual sua contribuição para a integridade do fenômeno jurídico? Entre as conclusões, sustenta-se que os pareceres devem ser alocados na cadeia decisória, na forma delineada por Dworkin, em uma dimensão de ajuste de substância (romance em cadeia). Concluiu-se, também, que os pareceres têm aptidão para contribuir à dinamicidade do Direito, a partir da assimilação da interpretação criativa dworkiniana, comprometida com a formação de respostas corretas – e não com uma postura solipsista. A pesquisa se vale do método hipotético-dedutivo, dialogando, em especial, com o Direito como Integridade, de Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Cadeia decisória. Direito como Integridade. Interpretação criativa. Parecer jurídico.

ABSTRACT

The performance of the jurist, exercising a public function, whatever the type of public agent, urged to mark a position in a legal opinion, does not receive the same prominence as that given, for example, to the performance of judges. The problem that we intend to answer is: to what extent the legal opinion should be part of the decision-making chain of Law and what is its

contribution to the integrity of the legal phenomenon. Among the conclusions, it is argued that opinions should be allocated in the decision-making chain, as outlined by Dworkin, in a dimension of adjustment and substance (chain novel). It was also concluded that legal opinions could contribute to the dynamics of Law, from the assimilation of creative interpretation, as proposed by Dworkin, committed to the formation of correct answers - and not with a solipsistic posture. The research uses the hypothetical-deductive method, dialoguing with Ronald Dworkin's Law as Integrity.

Keywords: Creative interpretation. Decision chain. Law as Integrity. Legal opinion.

Introdução

A atuação do jurista, exercente de função pública, seja qual for a espécie de agente público, instado a marcar posição em um parecer jurídico, não recebe o mesmo destaque daquele conferido, por exemplo, à atuação dos juízes, quando resolvem determinado conflito. Contudo, a atividade do parecerista merece atenção, visto que contribui, em muitos casos, para o desenvolvimento do Direito e para a construção de respostas corretas.

Cabe deixar claro que o recorte, no presente ensaio, são os pareceres elaborados por agentes públicos, em geral assessorando a tomada de decisão de gestores públicos. Essa atividade pode ser observada na Administração Pública Direta e Indireta, e, inclusive, no âmbito dos poderes constituídos e órgãos autônomos, no exercício da função administrativa. O problema que se pretende responder é: em que medida o parecer jurídico deve fazer parte da cadeia decisória do Direito e qual sua contribuição para a integridade do fenômeno jurídico? A hipótese é de que os pareceres devem ser alocados na cadeia decisória, na forma delineada por Dworkin, ao elaborar a metáfora do romance em cadeia, e, conseqüentemente, devem ser considerados pelos que participarem da cadeia no futuro.

Na primeira seção do texto, serão resgatadas, na normatividade, evidências de que a atividade do parecerista, desenvolvida no âmbito público, para além da orientação ao gestor, tem o potencial de atuar na (re)construção do Direito, ou seja, permite a interpretação construtiva, na forma sustentada por Dworkin. Na sequência, pretende-se desenvolver as virtudes da integridade e coerência dworkiniana e sua recepção

pelo Diploma Processual Civil. Ao final, na última seção do texto, a pretensão é demonstrar como os pareceres se colocam na cadeia decisória do Direito, colaborando para a preservação de sua integridade.

Vale-se do método hipotético-dedutivo, dialogando, em especial, com o Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, sem prejuízo de trazer para o texto outros autores e considerações que permitam o refinamento das reflexões desenvolvidas.

1 Evidências normativas e contribuições teóricas acerca da relevância dos pareceres na atividade (re)construtiva do direito

Um dos temas candentes, atualmente, no Brasil, situado no âmbito da Teoria do Direito, é a utilização ou a forma correta de se decidir a partir de precedentes e padrões decisórios. Nesse sentido, é possível destacar obras que enfrentam a temática, nos mais variados ramos do Direito, como é o caso de: Câmara (2018), Kircher (2018), Macêdo (2019), Mariani (2019), Marinoni (2019), Mitidiero (2018), Peixoto (2019) e Streck (2021).

No Código de Processo Civil – CPC de 2015, por exemplo, está explícita a preocupação do legislador com a fundamentação das decisões, sendo relevante destacar que há comando normativo (artigo 489, § 1º, V) dispondo que a decisão não pode “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”. Ou seja, exige-se do julgador um ajuste, um encadeamento entre a decisão presente e a decisão pretérita tomada por precedente ou súmula, conforme linguagem versada pelo legislador. No inciso subsequente (artigo 489, § 1º, VI), impõe-se ao julgador que a decisão não pode “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 institucionalizou, portanto, o exame de distinção, quando não há um ajuste em relação a um precedente ou padrão decisório invocado, ou o necessário desenvolvimento de um exame que comprove a superação daqueles.

Ainda no âmbito do CPC/2015 – e talvez, quanto à especificidade, até mais relevante ao presente texto –, o legislador, ao disciplinar a Remessa Necessária, fez expressa referência ao parecer e súmula administrativa. Assim sendo, segundo o ar-

tigo 496, §4º, IV, da norma processual civil, afasta-se a exigência do duplo grau de jurisdição quando determinada sentença estiver fundamentada em “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”. O que se quer realçar é que há, em substancial medida, um reconhecimento pelo legislador quanto aos pareceres elaborados pelos agentes públicos.

É possível ir além, examinando-se o teor da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, em especial, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018. Nesse sentido, o artigo 30 diz que “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas¹ e respostas a consultas”, inclusive, nos termos de seu parágrafo único, dispondo que tais instrumentos “terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”.

Cabe uma reflexão acerca da expressão “vinculante”, utilizada pelo legislador, ao que parece, em distintas dimensões. Na Constituição Federal – CF de 1988, por exemplo, há previsão de “efeito vinculante” às decisões definitivas de mérito, em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade (artigo 102, § 2º) e na previsão da súmula vinculante (artigo 103-A, da CF), assim como no referido parágrafo único do artigo 30 da LINDB, apenas para exemplificar. Dois aspectos são relevantes nessas vinculações, que não esgotam o tema, pois existem outras situações que poderiam ser abordadas²: (i) trata-se, em qualquer caso, de uma vinculação formal, fundada, em última instância, na autoridade de órgão que firmou determinando entendimento, sendo tal vinculação fruto de uma opção político-legislativa, e (ii) a vinculação formal pode assumir distintas dimensões, tendo em vista que no caso das ações de controle concentrado, por exemplo, o que se vincula é o ato ou lei efetivamente apreciados, sendo que, no caso da súmula

¹ Vale o alerta de Bahia, que, como aqui se defende, vale para qualquer espécie de súmula, seja ela vinculante ou não, judicial, administrativa ou controladora (tribunais de contas): “[...] súmulas, tais quais os precedentes, também só fazem sentido a partir dos caos que lhes deram origem” (2016, p. 252). Há uma tendência equivocada, na prática jurídica, de se descolar, dos enunciados de teses e súmulas, suas facticidades subjacentes.

² Como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, no CPC/2015.

vinculante, há, ínsita, uma transcendência da vinculação. A vinculação, todavia, ainda pode assumir uma feição substantiva, que parece ser a mais adequada com uma Democracia, no sentido de que são respostas corretas que vinculam. A vinculação meramente formal permite, em determinadas situações, a reprodutibilidade de respostas incorretas, sempre de cima para baixo. Não está no roteiro deste trabalho examinar todos os problemas da opção político-legislativa pela vinculação formal. Entretanto, esse é um ponto que demonstra a importância dos pareceres jurídicos, muitas vezes alocados como o ponto de partida para uma discussão, ou como o início de uma cadeia de decisões que se desloca, por vezes, para o âmbito controlador (tribunais de contas) e judicial.

Um outro exemplo, ainda no plano legislativo, se coloca como evidência da relevância dos pareceres jurídicos na cadeia decisória do Direito. No Estado do Rio Grande do Sul (RS), foi editada a Lei Estadual – LE nº 15.612/2021, a qual disciplina o processo administrativo. O artigo 57, incisos V e VI, por exemplo, guarda clara relação com o artigo 489, § 1º, do CPC, ao estabelecer que a decisão administrativa não será considerada fundamentada quando apenas “invocar o precedente administrativo ou judicial”, assim como “enunciado de súmula”, sem que realize a identificação dos “seus fundamentos determinantes” ou que demonstre “que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Na sequência, ainda examinando a LE nº 15.612/2021, do Estado do RS, a regra diz que também não se considera fundamentada a decisão administrativa que deixe “de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente judicial ou administrativo invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Trata-se da consolidação dos deveres de fundamentação, exame pormenorizado das decisões apontadas como padrões decisórios, do exame de distinção e de superação.

No artigo 58, da mesma Lei, estabelece-se um rol de providimentos que as decisões administrativas devem observar: (i) decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Justiça (TJ) gaúcho, em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) súmulas vinculantes; (iii) acórdãos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinários e especiais repetitivos; (iv) enunciados de súmulas do STF e STJ e, no que mais importa aqui, (v) os pareceres da Procuradoria-Geral do Estado – PGE-RS, no âmbito do Poder Executivo. É evidente a inspiração no artigo 927 do CPC, com as

devidas adequações, determinando o diálogo com decisões do TJ local e com os precedentes da PGE-RS, no âmbito do Poder Executivo. É relevante destacar que os Pareceres da PGE-RS poderão ser observados, em caso futuro, como precedentes ou padrões administrativos. Aliás, essa mesma Procuradoria possui um repositório de fácil manuseio, na internet, com possibilidade de pesquisar os Pareceres por meio de diversas alternativas, como palavras-chave, ementas, autores, leis e artigos referidos nas peças. Uma crítica à norma em tela é que não há determinação para que se promova o diálogo como as decisões do Tribunal de Contas daquela federação. Deveria, por exemplo, constar que as consultas respondidas pelo TCE-RS deveriam ser objeto de enfrentamento, quando tratassem da mesma questão³.

A despeito das normas referidas, as quais ilustram a responsabilidade intrínseca de um parecer na dinâmica do Direito, entende-se que, em qualquer caso, o parecerista assume uma responsabilidade por vezes difícil de cumprir, que é a de construir uma resposta adequada à Constituição e, ao mesmo tempo, lidar com determinados padrões decisórios vinculantes. Esses últimos, ainda que se conceda que tenham sido criados para “facilitar”, em verdade podem se tornar desafios para a integridade do Direito. Basta se pensar em uma resposta equivocada de um órgão prolator de um padrão decisório vinculante. Sem embargo, é fundamental sublinhar que o papel do parecerista não pode jamais ser tomado como uma mera reprodução do que diz a lei ou do que disseram os tribunais antes. Aliás, muitas vezes, é o parecerista que irá promover a primeira reflexão acerca de determinadas situações problematizadas, o que lhe exige uma postura criativa e não meramente a busca por convenções do passado.

2 Os deveres de integridade e coerência e seus reflexos nos pareceres jurídicos

Os deveres de integridade e coerência foram absorvidos pelo CPC/2015 (artigo 926), com clara inspiração dworkiana, e esse tema é pertinente à aproximação que aqui se estuda.

A integridade se subdivide em um princípio legislativo e ou-

³ Claro que o problema de fundo dessa questão é a maneira como se lê “observarão”, tanto no artigo 58 da LE-RS nº 15.612/2021, como no artigo 927 do CPC. Para quem lê como uma vinculação cega, realmente seria mais complexo alocar o tribunal de contas no rol daquela legislação estadual. Para quem lê como um dever dialógico e racional, fica mais fácil perceber que se trata, em verdade, de um dever.

tro jurisdicional. O primeiro clama que os parlamentares “tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente” (DWORKIN, 1999, p. 213), sendo que o segundo pede aos juízes que tratem o Direito como “um sistema coerente de princípios e, com esse fim, interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas” (DWORKIN, 1999, p. 261).

Como explica Streck, a “coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si” (STRECK, 2020, p. 44), ao passo que a “integridade é a exigência de que os juízes construam seus elementos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância” (STRECK, 2020, p. 44). Ainda com Streck, “a integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la” (STRECK, 2020, p. 44). A integridade⁴ é “uma garantia contra arbitrariedades interpretativas” (STRECK, 2020, p. 44), de sorte que a “igualdade política exige que coerência e integridade sejam faces de uma mesma moeda” (STRECK, 2020, p. 44).

Evidente que a coerência não serve à perpetuação de erros do passado: o que se defende é uma coerência de princípios. Como explica Freire: “A integridade é mais dinâmica. Um tribunal que lhe observa condenará os erros cometidos em decisões anteriores. A integridade diz respeito apenas a princípios e não a políticas” (2017, p. 73). Pontua ainda que é “absurda” a “ideia de que um tribunal deve seguir suas próprias decisões anteriores, mesmo quando as considera equivocadas, em nome da coerência”, visto que “A virtude da integridade [...] é mais transigente com o passado e mais inflexível com os princípios” (2017, p. 73).

As funções institucionais e o compromisso de qualquer agente público, em uma Democracia, estão atrelados aos fins consti-

⁴ Consoante Bahia: “A integridade é a *nota* que garantirá tanto a segurança jurídica quanto aceitabilidade racional à sentença. As normas devem ser reconstruídas, a cada vez, quando de sua aplicação a um caso, voltando-se tanto para o passado (tomado não como um *dado*, mas reflexivamente) quanto para o futuro (como abertura, como possibilidade, mas também como *respeito às futuras gerações*). Essa questão da referência ao passado é particularmente importante porque, seja com referência a normas, seja quanto a precedentes/súmulas, a postura do intérprete não é passiva face aos mesmos, como se eles já fornecessem a resposta por uma simples subsunção, ou; pior, que a resposta restasse autoevidente em razão de o ‘tema’ tratado constar de uma decisão passada e/ou sumulada de um Tribunal. Sejam leis ou precedentes, eles apenas farão sentido a partir do caso concreto em que forem aplicados” (2016, p. 306).

tucionais e às competências dos entes que representam e orientam. Inobstante a referência aos deveres de integridade e coerência, em regra, até mesmo diante da escolha metodológica de Dworkin, de examinar a decisão judicial, faça referência aos juízes, compreende-se que eles se estendem aos agentes que representam e prestam assessoria jurídica aos entes públicos. O compromisso, de índole democrática, é com respostas corretas; com aquilo que o verdadeiro Direito exige.

Assim, repisando e avançando, em termos de teoria da decisão e do interpretativismo dworkiniano, a integridade não se satisfaz com a mera fidelidade às decisões pretéritas, haja vista que ela exige coerência com os princípios e regras da moralidade política da comunidade. O Direito, na perspectiva aqui trabalhada, é fruto das melhores práticas jurídicas, e o compromisso com as respostas corretas nunca cessa. Assim, em algumas situações, será necessário se afastar ou superar determinados precedentes, em face da própria integridade do Direito –, desde que exista uma justificativa para essa “reviravolta na história (NUNES, *et al.*, 2017, p. 326)” – a fim de que o sistema normativo expresse “um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 1999, p. 264).

Os deveres de integridade e coerência são colocados sob suspensão quando o próprio Direito cria mecanismos de vinculação formal. O propósito, portanto, é tornar evidente esse obstáculo, quando o parecerista se depara com dispositivos que pretendem proibi-lo de interpretar – como se isso fosse possível. Ainda que não seja factível vedar a interpretação, a estrutura normativa consegue, a partir dessa escolha deliberada, propiciar um ambiente em que determinadas decisões equivocadas são multiplicadas. Na prática, permite-se que, em certas ocasiões, o verdadeiro Direito seja substituído pelo Direito que os tribunais (ou determinadas autoridades) dizem existir. Bittar e Almeida, a partir de Dworkin, explicam que o Direito é composto por regras e princípios, sendo as primeiras invocadas mais usualmente, “por possuírem fácil acesso à argumentação dos pleiteantes”. Os princípios, por sua vez, operam como “instrumentos de auxílio à decisão judicial”, para juízes, e como “dados fundamentais para a construção da validade do sistema” do Direito, o que demanda que a coerência seja observada em relação às regras e aos princípios. Dessa forma, a coerência do Direito não depende “simplesmente da lógica intra-sistêmica das regras entre si e passa a depender da lógica inter-sistêmica”, ou seja, a identificação pelas instituições da história político-institucional se torna rele-

vante, de sorte que “história e interpretação andam juntas na definição e circunscrição do que seja a ideia de coerência do Direito”. Os mesmos autores lecionam que Dworkin reconhece a vagueza da linguagem e a subjetividade da interpretação, defendendo que os princípios servem para resolver tal problema, exatamente quando se retomam os “valores consagrados e institucionalizados na prática jurídica” (2008, p. 461-463). Constata-se que toda essa riqueza na compreensão e interpretação do Direito se perde quando se aposta, por meio da vinculação formal, unicamente na voz de determinada autoridade para dizer o que o Direito realmente exige. Até porque, novamente com Bittar e Almeida, a “noção de história” que se aprende com Dworkin é no sentido de que está se tratando de “um processo de construção da justiça”, que “é fundamentalmente cíclico-evolutiva” (2008, p. 459).

A ideia de vinculação formal, geralmente, é defendida em nome da segurança jurídica, em especial na sua dimensão da previsibilidade. Concorde-se com Streck, contudo, que é possível sustentar, de outro modo, que “a *segurança jurídica* é melhor garantida” quando se observa que é a lei que vincula (2021, p. 119) e que o Direito não significa, necessariamente, o que os tribunais – ou demais autoridades legitimadas a criar padrões decisórios vinculantes – dizem que ele é.

3 O parecer jurídico como um capítulo do romance em cadeia

Na primeira seção deste texto, postulou-se que o Direito exige, por vezes, uma atividade criativa dos participantes da cadeia decisória, entre eles, o parecerista.

A proximidade com a Literatura é desenvolvida de maneira perspicaz por Dworkin, que indica os diferentes contextos nos quais as pessoas interpretam. A forma mais comum é a conversação, na qual se busca a intenção do interlocutor. Também, há o contexto da interpretação científica, em que se buscam dados, com vistas a encontrar alguma verdade. E há ainda a interpretação artística, na qual “os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar algum ponto de vista acerca do seu significado, tema ou propósito” (DWORKIN, 1999, p. 60-61), de modo que o Direito, entendido como prática social, demandaria uma interpretação nesse sentido, uma “interpretação criativa” (DWORKIN, 1999, p. 60-61).

No Direito, os casos discutidos são permeados por singularidades. Com isso, não se quer dizer que não há casos similares e

que respostas corretas não possam ser reproduzidas. O que se pretende despertar é a desconfiança em relação às simplificações, que, por vezes, são uma decorrência das “soluções”⁵ para problemas que, bem traduzidos, se resumem a acúmulo de processos. Como afirma Streck, não há alternativa ou soluções mágicas, visto que o “ser humano, enquanto ser no mundo, está condenado a interpretar” (2019, p. 7). Grau, por sua vez, aponta que o Direito é similar às artes alográficas, como a música e o teatro (2019, p. 37-38), pois nessas artes é necessário, além do autor, um intérprete que faça a mediação e atribua sentidos.

Assim, Dworkin diz que essa interpretação criativa é construtiva, uma vez que “se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa” (DWORKIN, 1999, p. 63). Por outro lado, isso não significa que se possa atribuir qualquer propósito, pois “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis desses últimos” (DWORKIN, 1999, p. 64). É crucial quando Dworkin coloca que “uma prática social cria e pressupõe uma distinção crucial entre interpretar os atos e pensamentos dos participantes um a um, daquela maneira, e interpretar a prática em si, isto é, interpretar aquilo que fazem coletivamente” (DWORKIN, 1999, p. 64). Portanto, é possível concluir que Dworkin propõe que se interprete a prática social como empreendimento coletivo. Não se busca a intencionalidade original da prática (que, por vezes, é até mesmo impossível de identificar), tampouco a mera interpretação pessoal. Aliás, esse seria o *point* dworkiano (intencionalidade da prática).

Dworkin, ainda, criou a conhecida metáfora do romance em cadeia, uma obra escrita por diversos autores, cada qual responsável por um capítulo, sucessivamente, com o dever de guardar coerência com os escritos prévios. Os autores têm “a dupla responsabilidade de interpretar e criar” (DWORKIN, 2019, p. 235-236), visto que terão que “ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então” (DWORKIN, 2019, p. 235-236). Nessa medida, sustenta-se que não apenas o juiz, mas também o parecerista de uma procuradoria, por exemplo, atuam como romancistas em

⁵ Como a crítica de Streck à crença de que súmulas vinculantes (não parece fazer sentido esse trecho diante da sequência da frase...conferir): “Talvez os articuladores de tais teses estejam demasiadamente preocupados com a solução do problema da funcionalidade do sistema, deixando de lado a discussão dos problemas da solução” (2004, p. 23).

cadeia – autores e críticos –, tendo em vista que decidem⁶ o caso – na medida de suas competências – e acrescem à tradição, de modo que o próximo a atuar irá continuar a história. Nessa empreitada, exige-se a dimensão da adequação, visto que a interpretação do autor, para a história que recebeu, “deve fluir ao longo do texto (DWORKIN, 2019, p. 277-278)”, além da dimensão de valor, pois será necessário “julgar qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento” (DWORKIN, 2019, p. 277-278).

Dessa maneira, assim como o parecerista deve retomar ao que se decidiu antes, em uma dimensão de ajuste de substância, os tribunais e órgãos controladores também devem levar a sério as posições sustentadas pelos pareceres. Em uma cadeia decisória, nenhum autor parte do zero, sendo necessário que tribunais – judiciais e de contas – dialoguem de forma consistente com as posições tomadas por gestores públicos, embasados em pareceres jurídicos. Em outras palavras, “não existe grau zero de interpretação, sob pena de se desprezar toda a interpretação feita no passado” (STRECK, 2021, p. 55). A dinamicidade do Direito deve ser compreendida em sua organicidade, ou seja, não na busca por respostas definitivas⁷, mas na construção, persistente, de respostas adequadas à Constituição.

Conclusão

Nesta síntese final, cabe destacar a confirmação da suposição inicial, no sentido de que o parecer jurídico deve ser alocado na história institucional do Direito, de maneira que se revela possível pensar essa importante função pública a partir da metáfora dworkiniana do romance em cadeia.

Isso significa um compromisso com a integridade e coerência do Direito, não apenas dos magistrados, como também dos agentes públicos que exercerem a função de pareceristas. Assim,

⁶ Aqui, a decisão é tratada em sentido amplo, podendo abranger a posição adotada pelo parecerista, de como uma determinada situação deve ser compreendida; o que o Direito, no caso, exige.

⁷ Como leciona Bahia: “Não há respostas definitivas (que possam, resolvendo um caso, determinar a solução de quaisquer outros), a interpretação é construtiva; mesmo fornecendo a *única resposta correta* para um determinado caso, isso apenas é possível dada a complexidade do evento (do caso) posto à decisão, o que o torna único; se ele é único, a respectiva decisão não pode ser a criação de um *standard* que determine, *a priori*, a solução de qualquer outro caso, ainda que semelhante” (2016, p. 306).

a nenhum dos participantes da história institucional do Direito é permitido partir do zero, como que desprezando toda construção hermenêutica pretérita, assumindo-se um dever de coerência por princípio. Os pareceres jurídicos, portanto, contribuem para a dinamicidade do Direito, a partir da compreensão da interpretação criativa dworkiniana, comprometida com a formação de respostas corretas e não com uma postura solipsista.

Referências

- BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- BITTAR, Eduardo C.B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MARIANI, Rômulo Greff. **Precedentes na arbitragem**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico de Sena. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: NUNES, Dierle. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando

Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 15.612, de 06 de maio de 2021. **Dispõe sobre o processo administrativo no Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: https://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=71658&hTexto=&Hid_IDNorma=71658 Acesso em: 14 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira. In: **Revista Argumentum**. v.4. jan.-dez., 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**: compreender direito. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2021.

TAXI, Ricardo Araujo Dib. Capítulo 2. Conceitos interpretativos. In: COELHO, André. MATOS, Saulo de. BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

A Covid-19 como doença ocupacional: responsabilidade subjetiva ou objetiva?

João Pedro Gonçalves Mendonça

Acadêmico de Direito do Centro

Universitário Newton Paiva

Daniela Lage Mejia Zapata

Professora

Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG

Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG

Especialista em Direito do Trabalho e

Previdenciário pelo CAD/GAMA FILHO

Membro da AMAT

Membro da Comissão de Direitos Sociais e

Trabalhistas da OAB/MG

Advogada

RESUMO

O estudo apresentado versa sobre a pandemia do novo coronavírus, Covid-19, e sua repercussão na seara trabalhista no que tange à possibilidade do seu enquadramento como doença ocupacional no Brasil sob a luz das previsões legais do ordenamento jurídico pátrio e da Medida Provisória 927/2020, editada especialmente para preservar as relações de emprego durante o momento conturbado que assola o país. Doravante, será abordada a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, o qual declarou inconstitucional parte da referida medida provisória, decisão que gerou grande repercussão no mundo jurídico. Portanto, deve-se discutir a respeito de qual modalidade da responsabilidade civil deve ser atribuída ao empregador que constatou pessoas contaminadas pelo novo coronavírus em seu quadro de empregados.

Palavras-chave: Covid-19. Doença ocupacional. Medida Provisória 927. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The study presented deals with the pandemic of the new coronavirus, COVID-19, its repercussion in the labor

field regarding the possibility of its classification as an occupational disease in Brazil under the light of the legal provisions of the Brazilian legal system and the Provisional Measure 927/2020, edited especially to preserve employment relationships during the turbulent time that plagues the country. From now on, the recent decision of the Federal Supreme Court will be addressed, which declared part of the aforementioned provisional measure unconstitutional, a decision that generated great repercussions in the legal world. Therefore, it is necessary to discuss which type of civil liability should be attributed to the employer who found people infected by the new coronavirus in their workforce.

Keywords: Covid-19. Occupational disease. Provisional measure 927. Civil responsibility.

Introdução

Em primeiro plano, é válido evidenciar que os cenários pandêmicos não são apenas uma exclusividade do momento atual, tendo em vista que o contexto mundial já enfrentou momentos de crises que relembram o surto existente hoje da Covid-19.

Este cenário pode ser exemplificado pelo surto ocorrido em 2009, no México, o qual foi marcado pela identificação de uma nova cepa do vírus Influenza pelas autoridades sanitárias, vírus que causou a pandemia de gripe espanhola entre os anos de 1918 e de 1920. A partir disso, o novo vírus foi nomeado como “gripe A”, ou “gripe mexicana” ou “gripe suína” que, em pouco tempo, se espalhou por todo globo, fazendo com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarasse estado de pandemia.

Ademais, alguns anos seguintes no continente africano, ocorreu epidemia de Ebola, que, apesar de existir desde 1976, atingiu diversos países do continente, deixando a OMS e o restante dos países do globo em estado de alerta e preocupação. Dessa forma, é perceptível que o mundo teve alertas quanto ao possível surgimento de uma doença com potencial letal que poderia atingir todos os continentes e causar milhares de mortes.

Ainda assim, alguns líderes mundiais ignoraram os sinais da natureza e não tomaram nenhuma medida preventiva para uma possível disseminação em massa de um fator viral, inclusive, atualmente é notório esse cenário, uma vez que o líder presidencial brasileiro ignorou os pedidos para produção de vacinas mediante a ocorrência da pandemia da Covid-19.

Nesse âmbito, no final do ano de 2019, foi constatado na China um caso atípico, o qual apresentava sintomas clínicos parecidos com o de uma gripe, como a coriza e a tosse seca. Entretanto, a nova doença nomeada como novo coronavírus ou Covid-19 é muito mais grave do que um simples resfriado por possuir grande potencial de transmissão em um curto lapso temporal.

Consoante, no dia 11/03/2020, a OMS declarou estado de pandemia, o qual possui finalidade de alertar os países sobre a potencialidade de uma doença e o seu alto nível de transmissão para que estes tomem medidas preventivas institucionais no combate à doença que se alastra. Seguindo as orientações da OMS, no dia 20/03/2020, o Governo Federal editou o Decreto Legislativo nº 06 para instituir Estado de Calamidade Pública em decorrência da Covid-19.

Com o rápido avanço da Covid-19 por todo país, o Ministério da Saúde adotou diversas medidas sanitárias orientativas a fim de tentar conter ou diminuir a propagação do vírus. Em virtude disso, a principal orientação para o combate ao coronavírus é o isolamento social. Tal medida criou um novo cenário no país nunca antes visto; instituições de ensino, diversos seguimentos do comércio e macroempresas foram fechados devido à perspectiva pandêmica. Desde então, vários trabalhadores passaram a operar na modalidade teletrabalho, ou “home office”, como dito no jargão popular.

Apesar de grande parte dos empregados mudar o local em que realizavam suas atividades profissionais, ainda existem muitos trabalhadores que não puderam gozar desse benefício, em razão da atividade essencial por eles exercida.

A partir da nova realidade, surgiram diversos apontamentos na esfera jurídica como: a Covid-19 pode ser classificada como doença ocupacional? Se sim, qual modalidade de responsabilidade civil deve ser aplicada? A espécie de responsabilidade civil pode variar de acordo com o ramo de atividade? E, por fim, neste novo cenário, o que vem ser atividade de risco?

Como demonstrado, o coronavírus causou grande impacto na seara trabalhista, abrindo um leque de perguntas e questionamentos que precisavam ser respondidos.

O presente artigo tem por objeto demonstrar com fulcro na legislação jurídica pátria se é possível enquadrar a Covid-19 como doença ocupacional e delimitar as situações que se aplicam à responsabilidade subjetiva ou objetiva, a fim de transmitir maior segurança jurídica aos empregadores e empregados.

2 A doença ocupacional na legislação trabalhista e previdenciária

No atual cenário pandêmico que o país vivencia, é importante compreender os meios jurídicos que o empregado possui para o amparo na hipótese de eventual acometimento decorrente da Covid-19. A Lei 8.213/91 (Lei previdenciária) dispõe, entre os artigos 19 e 21, previsões que assistem o empregado em caso de acidente de trabalho ou doença equiparada.

Inicialmente, cumpre abordar sobre o conceito de acidente de trabalho típico e sobre a doença decorrente do exercício laboral, tecnicamente nomeada como doença ocupacional ou acidente de trabalho atípico. Veja-se o disposto no art. 19 da mencionada lei:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

A leitura do artigo exposto é autoexplicativa ao conceituar acidente de trabalho, portanto, não se faz necessário tecer maiores comentários sobre o tema. Porém, vale expor o conceito trazido pela doutrina para a temática, no entendimento de CORREIA (2021):

A lei n 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, estabelece o conceito de acidente de trabalho para fins previdenciários em seu art. 19:

O acidente de trabalho típico é, portanto, aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de determinada empresa que venha a provocar lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução da capacidade laboral. (nossos grifos).

Lesão corporal ocorre quando o dano atinge a integridade física do indivíduo, causando-lhe um

dano físico-anatômico, enquanto perturbação funcional correspondente a um dano fisiológico ou psíquico, relacionado a órgãos ou funções específicas do organismo humano, sem apresentar lesão física. (CORREIA, 2021, p. 1050).

Conforme demonstrado, caracteriza-se como acidente de trabalho típico o fato gerador de lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte, perda ou redução da capacidade laboral, desde que o fato gerador do acidente ocorra no ambiente de trabalho ou durante o trajeto do empregado entre domicílio e local de labor ou o inverso.

Desde a primeira lei que versava sobre acidente de trabalho, Decreto-Lei 3.724/1919, o legislador previa amparo jurídico para as doenças provocadas pelo trabalho, equiparando estas ao acidente de trabalho típico. O art. 1º do referido Decreto dispunha “moléstia contraída exclusivamente pelo exercício do trabalho”. O tempo demonstrou ao legislador a necessidade de ampliar o alcance da proteção jurídica ao trabalhador, em razão disso, no ano de 1967, foi publicada a nova Lei Acidentária, Lei 5.316/1967, a qual criou as “doenças do trabalho” estabelecidas no art. 2º, §1º, desta lei:

Art. 2º Acidente do trabalho será aquele que ocorrer pelo exercício do trabalho, a serviço da empresa, provocando lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º Doença do trabalho será:

a) qualquer das chamadas doenças profissionais, inerentes a determinados ramos de atividade relacionadas em ato do Ministro do Trabalho e Previdência Social

b) a doença resultante das condições especiais ou excepcionais em que o trabalho fôr realizado.

b) a doença, não degenerativa nem inerente a grupos etários, resultante das condições especiais ou excepcionais em que o trabalho seja executado, desde que, diretamente relacionada com a atividade exercida, cause redução permanente para o trabalho que justifique a concessão do

auxílio-acidente. **(revogado pela Lei 6.367/1976).**

Cumprе ressaltar que o legislador realizou a equiparação entre acidente de trabalho e doenças equiparadas para fins estritamente jurídicos, visando estender os benefícios aplicados ao acidente de trabalho em ocasiões que o trabalhador se encontrar acometido por doença ocupacional.

A legislação vigente que versa sobre tema, Lei 8.213/1991, regulamenta “doença ocupacional ou doença equiparada” como gênero, conforme demonstra a redação:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - **doença profissional**, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; **(nossos grifos)**

II - **doença do trabalho**, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I. **(nossos grifos)**

(...)

As doenças ocupacionais não se configuram através de fatos repentinos, violentos e/ou abruptos, isto é, são doenças progressivas que mantêm nexo de causalidade com a atividade desenvolvida pelo empregado que, a longo prazo, podem causar a redução ou a extinção da capacidade laborativa do empregado.

Se faz oportuno e necessário mencionar que o legislador subdividiu o gênero doença ocupacional em duas espécies, doença profissional e doença do trabalho, como demonstrado nos incisos I e II do dispositivo supramencionado.

Doença Profissional é aquela inerente ao exercício de determinada profissão ou de realização de atividade específica, ou seja, o exercício do labor especial pode ser o fato gerador de determinada doença. Nessa espécie de doença ocupacional, o nexo causal entre trabalho e patologia é presumido. Coadunando com o exposto, leciona OLIVEIRA (2021):

A doença profissional é aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doença profissional típica, tecnopatía ou ergopatía.

O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença com a atividade é presumido. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai silicose (...) sinteticamente pode-se afirmar que doença profissional é aquela típica de determinada profissão. (OLIVEIRA, 2021, p. 655).

A segunda espécie de doença ocupacional trazida pela legislação é nomeada como doença do trabalho, mesopatía ou doença profissional atípica. Nesta espécie, a patologia não é adstrita à atividade que o empregado realiza, pois está vinculada com a forma que a pratica ou ao meio ambiente que presta a atividade. Por tais razões, não é possível presumir o nexo de causalidade entre patologia e trabalho. Nesta perspectiva, leciona OLIVEIRA (2021):

(...) doença do trabalho, (...), apesar de igualmente ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a essa ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho. (...).

Ao contrário das doenças profissionais, as doenças do trabalho não têm nexo causal presumido, exigindo a demonstração de que a patologia apareceu em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado". (OLIVEIRA, 2021, p. 655/656).

Com fulcro nas informações expostas, é possível afirmar que a Covid-19, quando relacionada ao trabalho, pode ser classificada em ambas as espécies, a depender do quadro fático, isto é, como doença profissional ou doença do trabalho. No primeiro caso, é possível citar, a título de exemplo, os profissionais da área da saúde, trabalhadores que realizam exames da Covid-19, da área do transporte de pessoas contaminadas pela Covid-19, entre outras que possuem contato próximo com a doença em razão da sua profissão.

Nas hipóteses exemplificativas anteriormente demonstradas, a Covid-19 deverá ser caracterizada como doença profissional em decorrência do maior grau de risco de contágio que os trabalhadores estão expostos, o que torna o nexo de causalidade presumido.

Em contrapartida, é possível que o trabalhador acometido por Covid-19 tenha o enquadramento desta na espécie doença do trabalho, já que a atividade por este realizada não possui alto grau de risco de contaminação, via de regra.

Para tanto, deve-se verificar as condições que o trabalho foi feito, se o empregador cumpriu todas as medidas preventivas contra a Covid-19, realizou todos os treinamentos necessários e orientações devidas, criando um ambiente profissional adequado para o empregado praticar sua atividade, ou foi omissa nesse aspecto e proporcionou um local favorável para a proliferação do coronavírus, criando condições especiais de trabalho que poderiam ocasionar doenças do trabalho.

Em 1999, o INSS, por meio do Decreto nº 3.048/99, editou a Lista “A” indicando os agentes etiológicos ou fatores de risco que poderiam acarretar doença ocupacional, tanto profissional como do trabalho. Vale ressaltar que o rol de doenças citadas na referida lista é meramente exemplificativo, conforme estabelece a redação do art. 20, § 2º da Lei 8.213/91:

(...)

§2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho. (nossos grifos)

Coadunando com a afirmativa, a qual o rol de doenças ocupacionais é meramente exemplificativo, a Secretaria Especial e Previdência e Trabalho publicou, no dia 11 de dezembro de 2020, a Nota Técnica SEI nº 56.376/2020, com intuito de padronizar a interpretação jurídica dos artigos 19 a 23 da Lei Previdenciária nº 8.213/91, no que tange ao nexo de causalidade entre trabalho e transmissão da Covid-19 e possibilidade da classificação desta como doença ocupacional. A seguir, a conclusão da mencionada nota:

“14. CONCLUSÃO – Ante o exposto, resta evidenciado que “à luz das disposições da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, a depender do contexto fático, a covid-19 pode ser reconhecida como doença ocupacional, aplicando-se na espécie o disposto do § 2º do mesmo artigo 20, quando a doença resultar das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relacionar diretamente; podendo se constituir ainda num acidente de trabalho por doença equiparada, na hipótese em que a doença seja proveniente de contaminação acidental do empregado pelo vírus SARS-CoV-2 no exercício de sua atividade (artigo 21, inciso III, Lei nº 8.213/1991); em qualquer dessas hipóteses, entretanto, será a Perícia Médica Federal que deverá caracterizar tecnicamente a identificação do nexo causal entre o trabalho e o agravo, não militando em favor do empregado, a princípio, presunção legal de contaminação constitua-se em doença ocupacional”

Para tanto, o primeiro ato para caracterização da doença ocupacional é a emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho à Previdência Social), a qual deverá ser expedida pela empresa empregadora ou pelo empregador doméstico nos moldes do formulário criado pela Previdência Social.

Nesse sentido, a CLT dispõe no art. 169 que nas hipóteses em que há suspeita de doença ocupacional, é dever do empregador e direito do empregado a emissão da CAT, independentemente da finalização do diagnóstico e do afastamento do obreiro de suas atividades, tendo em vista que a emissão da CAT não configura automaticamente a classificação da doença como ocupacional, devido à obrigatoriedade da realização da perícia médica federal junto ao INSS nos casos em que o afastamento for superior a quinze (15) dias.

Se faz pertinente apontar que a CAT pode ser emitida por pessoa diversa do empregador, cabendo, na sua recusa ou omissão, a emissão da CAT pelo próprio empregado, por seus dependentes, pelo sindicato que o representa ou pelo médico que o atendeu, mesmo após vencido o prazo do empregador para emitir o mencionado documento.

Como restou evidenciado neste tópico, através da hermenêutica legislativa, é totalmente possível enquadrar a Covid-19 como doença ocupacional, porém, o mero fato de estar acometido pelo vírus pandêmico não acarreta automatica-

mente a caracterização da doença ocupacional, já que cabe ao perito do INSS ratificar a presunção causal na hipótese de doença profissional.

Nos casos de doença do trabalho, deve o médico da previdência social verificar a existência do nexo causal entre a patologia e a realização da atividade laboral.

É oportuno esclarecer que o INSS garante aos seus segurados amparo previdenciário, como nos casos de acidente do trabalho e de doenças ocupacionais; contudo, é importante que o empregado tenha ciência que os benefícios previdenciários não se misturam nem excluem os direitos oriundos de outros ramos do ordenamento jurídico.

A CLT garante aos empregados acometidos por doenças ocupacionais direitos não estipulados na Lei Previdenciária, assim como o texto constitucional não exclui a responsabilidade do empregador em indenizar o empregado quando incorrer em dolo ou culpa.

Por fim, vale ressaltar a importância do enquadramento da Covid-19 como doença ocupacional para o empregado, visto que gera diversos impactos no contrato de trabalho, uma vez que concede vários direitos ao empregado, como recolhimento da contribuição referente ao FGTS durante todo período de afastamento, estabilidade provisória do emprego pelo período mínimo de 12 meses após seu retorno, direito de requerer o benefício previdenciário “auxílio-doença acidentário” código (B.91) e eventual pedido de indenização.

3 O surgimento da doença Covid-19 e os reflexos nas relações trabalhistas

Atualmente, sabe-se que a Covid-19 possui alto índice de transmissão, e o seu contágio pode se dar em qualquer local. Com isso, é certo que, na maioria dos casos, é impossível especificar o lugar, o momento e o motivo da contaminação.

Diante deste cenário, o presidente da República, em março de 2020, editou e publicou algumas Medidas Provisórias (MPs) com o propósito de equilibrar o binômio atividade empresarial e manutenção de empregos durante o período pandêmico, entre estas, é pertinente para este artigo a MP 927/2020.

A MP 927, editada e publicada em março de 2020, dispõe no art. 29 que a contaminação do empregado pela Covid-19 não configuraria doença ocupacional, salvo se fosse devidamente comprovado o nexo de causalidade, conforme exposto: “Os ca-

sos de contaminação pelo coronavírus (Covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação de nexo causal”.

Em razão da hipossuficiência do empregado para demonstrar o nexo de causalidade entre contaminação e trabalho, o art. 29 da MP/927 sofreu duras críticas por juristas e no mundo político, acarretando seis (06) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI).

As ADIs, em síntese, fundamentavam-se que atribuir ao empregado o ônus de comprovar nexo de causalidade violaria o previsto no art. 7º, XXII da CF/88 “ **redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança**”. Por tais razões, o art. 29 da MP/927 deveria ser declarado inconstitucional.

O Tribunal Pleno do STF realizou o julgamento de todas as ADIs por meio do instituto processual cível nomeado como Conexão, previsto no art. 55, § 1º do CPC/15, haja vista que ambas comungavam do mesmo pedido e da mesma causa de pedir.

O voto do Ministro Edson Fachin foi no sentido da inconstitucionalidade do art. 29, exprimindo o posicionamento do Tribunal Maior, tendo em vista 07 (sete) votos a favor e 03 (três) votos contra o objeto das ADIs. A seguir, o voto:

Nas ADIs 6.342, 6.44, 6.346, 6.352 e 6.354, aponta-se a inconstitucionalidade do disposto no artigo 29 da Medida Provisória nº 927/200 fundada na dificuldade de os empregados comprovarem o nexo causal da doença causada pelo novo coronavírus, considerando o fato notório e consabido de que a transmissão da doença é comunitária e exponencial.

Afirma-se que o regime de responsabilidade estabelecido na norma impugnada exime o empregador de tomar medidas de saúde, higiene e segurança necessárias à proteção dos trabalhadores, afrontando, assim, direito fundamental à redução de riscos inerentes ao trabalho, constante do artigo 7º, XXII, da CRFB.

Assim está posta a norma impugnada: Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação de nexo causal.

Exigir-se que o ônus probatório seja do empregado, diante da infecção e adoecimento pelo novo coronavírus, não se revela como medida adequada e necessária à redução dos riscos dos trabalhadores quanto à doença deflagrada pelo novo coronavírus. Se o constituinte de 1988 reconheceu a redução de riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental social do trabalhador brasileiro, obrigando que os empregadores cumpram normas de saúde, higiene e segurança no trabalho, certamente ele previu que o empregador deveria responsabilizar-se por doenças adquiridas no ambiente e/ou em virtude da atividade laboral. **A previsão de responsabilidade subjetiva parece via adequada a justificar a responsabilização no caso das enfermidades decorrentes de infecção pelo novo coronavírus, de forma que se o empregador não cumprir as orientações, recomendações e medidas obrigatórias das autoridades brasileiras para enfrentar a pandemia pelo novo coronavírus, deverá ser responsabilizado.**

Assim, o ônus de comprovar que a doença não foi adquirida no ambiente de trabalho e/ou por causa do trabalho deve ser do empregador, e, não do empregado, como estabelece a norma impugnada.

O artigo 29 da Medida Provisória nº 927/2020 afronta o que dispõe o art. 7º, XXII, da CRFB: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, invertendo o ônus probatório no caso específico da infecção por coronavírus.

Diante do que exposto, divirjo do e. Ministro Relator e julgo procedente o pedido de suspensão, por inconstitucionalidade, do art. 29 da Medida Provisória nº 927/2020. (nossos grifos).

A principal implicação do art. 29 era a impossibilidade da Covid-19 ser enquadrada como doença ocupacional, a sua classificação como tal seria regra excepcionada, cabendo ao empregado demonstrar efetivamente o nexo de causalidade entre o labor e a contaminação pela Covid-19.

Tal ônus probatório configuraria o que a doutrina nomeia como prova impossível ou prova diabólica, tendo em vista o grau de dificuldade da sua produção, porquanto ser quase impossível determinar com precisão o local, o dia e a causa da contaminação, em razão da transmissão suceder pelas vias aéreas e os testes para a Covid-19 não alcançarem esse grau de precisão, limitando-se apenas a indicar o contato do sistema imunológico com o novo coronavírus.

Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 29 da MP/927, o STF criou a real possibilidade da Covid-19 ser classificada como doença ocupacional. Somando a isso, o STF concedeu à Justiça do Trabalho a faculdade para aplicar a **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova** na hipótese de o empregado discutir Covid-19 como doença ocupacional e/ou eventual dano decorrente do coronavírus, isto é, caberá ao Juiz do Trabalho averiguar as peculiaridades do caso concreto e, de forma fundamentada, acolher ou rejeitar a mencionada teoria.

A Teoria exposta anteriormente se encaixa perfeitamente nos casos em que se discute a Covid-19, como doença ocupacional e/ou eventual responsabilidade civil, já que se parte do princípio do Direito do Trabalho que o empregado é hipossuficiente.

A tese alhures baseia-se na faculdade de o juiz impor o ônus da prova à parte que possuir maiores condições de produzi-lo. Nesse contexto, a teoria encontra amparo legislativo nos moldes do art. 818, §1º da CLT:

Art. 818. O ônus da prova incumbe: (...)
§ 1º Nos casos previstos em lei **ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso**, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. **(nossos grifos).**

Nas palavras de MIESSA (2021):

A **teoria dinâmica do ônus da prova** consiste na possibilidade de o julgador, no caso concreto, atribuir o ônus da prova àquele que tem me-

lhores condições de produzi-la. Nessa hipótese, em vez de se definir de forma fixa o ônus da prova e incidir o princípio do interesse (teoria estática), sua definição é feita no caso concreto (flexível), aplicando-se o **princípio da aptidão para prova. (grifos do autor)**

(...)

Percebe-se que, nesse caso, não se preocupa se o fato é constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo, mas tão somente quem tem melhor aptidão para provar o fato. (MIESSA, 2021, p. 653).

A teoria exposta busca conceder aos litigantes paridade de armas, ou seja, igualdade processual. No âmbito trabalhista, esta teoria é bem acolhida e tem bastante aplicabilidade, existindo casos em que o TST estabeleceu, por meio de Súmula, a aplicação desta como regra. São exemplos: Súmula nº 338, que versa sobre horas extraordinárias, e Súmula nº 460, a qual discorre sobre vale-transporte.

O entendimento do STF a respeito das ADIs em termos práticos possibilitou a real classificação da Covid-19 como doença ocupacional; entretanto, o julgamento das ADIs abriu margem para discussão sobre a responsabilidade civil atribuída ao empregador, relacionada aos eventuais danos causados ao obreiro em decorrência da Covid-19.

O debate jurídico mencionado possui alta complexidade, por isso, foi reservado adiante tópico específico para o tema, tendo em vista que o foco desta obra é abordar sobre ambas as responsabilidades civis na esfera trabalhista.

4 A Covid-19 como doença ocupacional: responsabilidade subjetiva ou objetiva?

Inicialmente, cumpre salientar o que é responsabilidade civil. O conceito se extrai do Código Civil de 2002 (CC/02) e está entabulado nos artigos 186, 187 e 927, o ordenamento jurídico brasileiro adotou como regra a responsabilidade civil subjetiva.

Responsabilidade civil fundamenta-se no dever de reparar o dano consequente da prática de ato ilícito. Entende-se como tal a ação praticada em desconformidade com o ordenamento jurídico, violando direitos e causando prejuízos a terceiros, conforme dispõe o art. 186 do CC/02: “Aquele que, por ação ou

omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em decorrência da prática de tal ato e na existência de dano, ainda que exclusivamente moral, surge o dever de reparar, segundo o previsto no art. 927 do mencionado diploma legal: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Sobre o tema, leciona TARTUCE (2017):

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido se fala em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual. (TARTUCE, 2017, p. 499).

Os pressupostos para caracterizar a responsabilidade civil subjetiva são: 1) ação ou omissão do agente, 2) agir com dolo ou culpa, 3) nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado, 4) ocorrência de dano. Confere ressaltar que tais pressupostos são cumulativos, isto é, na ausência de apenas 01 (um) deles não se caracteriza a responsabilidade civil.

Em sentido excepcional, o ordenamento jurídico aplica a responsabilidade civil objetiva nas hipóteses oriundas da lei ou do risco da atividade desenvolvida, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 927 do CC/02:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.** (Nossos grifos).

Dessa forma, pode-se afirmar que os pressupostos da responsabilidade civil objetiva são os mesmos da subjetiva, com

exceção do elemento subjetivo que se entende como culpa comissiva ou omissiva.

Nas palavras de LEITE (2021):

O fundamento da responsabilidade civil objetiva, portanto, decorre do fato de que a atividade exercida pelo agente possa colocar em perigo a vida, a saúde, a segurança ou outros bens juridicamente protegidos, criando risco de dano para terceiros, como as atividades destinadas à produção de energia elétrica ou de exploração de minas; à instalação de fios elétricos, telefônicos e telegráficos; ao transporte aéreo, marítimo e terrestre, à construção e edificação de grande porte (LEITE, 2021, p. 141).

O instituto da responsabilidade civil possui como principal finalidade amparar a pessoa lesada e punir o gerador do dano, portanto, tem caráter compensatório para a vítima, e para o autor do ato ilícito, possui caráter punitivo e pedagógico.

Especificamente, quando se discute a responsabilidade civil pela Covid-19, torna-se imprescindível que essa enfermidade seja classificada como doença ocupacional. Em decorrência desse fator, pode-se considerar que ficou demonstrado o nexo causal entre a atividade laboral e a doença.

Faz-se necessário o enquadramento do coronavírus como doença ocupacional em razão de a enfermidade ter atingido o estágio de transmissão comunitária em todo o país, conforme a divulgação realizada pelo Ministério da Saúde por meio da Portaria nº 454, em 20 de março de 2020.

Portanto, seria desarrazoado, imparcial, ou no mínimo injusto, imputar ao empregador a responsabilidade imediata por eventual dano que seu empregado sofreu em decorrência da Covid-19.

Via de regra, a Justiça do Trabalho adotou a responsabilidade subjetiva, por isso, o fato do empregado ser contaminado pela Covid-19 não enseja nenhum tipo de reparação. Essa medida apenas deve ser aplicada em eventual prejuízo na esfera patrimonial ou extrapatrimonial decorrente do vírus.

5 Covid-19 como doença ocupacional e responsabilidade civil subjetiva

A Constituição Federal da República de 1988 (CF/88), por meio do art. 7, inciso XXII, impôs ao empregador a obrigação de

adotar políticas institucionais que visam à diminuição dos riscos da atividade, e que proporcionem ao empregado saúde, higiene e segurança do trabalho. Em sentido similar à CF/88, a CLT reafirma a previsão constitucional, por meio do art. 157:

Art. 157 - Cabe às empresas:

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (nossos grifos)

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; (nossos grifos)

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

A partir disso, no cenário da pandemia, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 20, em 18 de junho de 2020, a qual estabeleceu medidas a serem adotadas para prevenir e para combater o coronavírus no ambiente de trabalho.

Com o mesmo intuito, a Fundacentro, entidade vinculada ao órgão supramencionado, publicou a Cartilha de “Prevenção à Covid-19: orientações para prevenção e controle da Covid-19 nos locais de trabalho”, explicando maneiras de manter o ambiente de trabalho saudável e seguro durante a pandemia, conforme determinado no art. 157 da CLT.

Entre as medidas preventivas, vale citar o distanciamento social entre empregados, o uso correto da máscara cobrindo o nariz e a boca, o fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), a disponibilização de álcool em gel, a higienização do ambiente de trabalho por meio da ventilação, da limpeza e da desinfecção desse local, entre outras elencadas na Portaria e Cartilha referenciadas.

Neste sentido, de acordo com a perspectiva de OLIVEIRA (2021):

(...) o empregador tem o dever de “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”. É necessário, portanto, conferir se a empresa cumpria e exigia o cumprimento das normas preventivas, se promovia o treinamento correto, com o fornecimento dos equipamentos de proteção adequados, uma vez que a negligência ou o descaso patronal gera condições de vulnerabilidade que facilitam a contaminação pela Covid-19 (OLIVEIRA, 2021, p. 675).

Para apurar a culpa e o nexo causal do empregador, é imprescindível investigar as condições de trabalho impostas ao empregado, observando se todas as medidas sanitárias expedidas pelos órgãos competentes estão sendo cumpridas a rigor, proporcionando um ambiente de trabalho saudável para o trabalhador.

A respeito do ambiente de trabalho, leciona DELGADO (2019):

(..) o advento da Constituição de 1988, no Brasil, o fato é que novas perspectivas foram lançadas sobre o campo do meio ambiente do trabalho e da própria infortunística laboral, inclusive pela circunstância de se ter tornado possível, do ponto de vista jurídico, a responsabilização do empregador e/ou do tomador de serviços pelos danos materiais e morais, inclusive estéticos, decorrentes dos acidentes do trabalho e das doenças profissionais e/ou ocupacionais ocorridos em seus estabelecimentos empresariais (respeitados certos requisitos jurídicos, é claro) (DELGADO, 2019, p. 69).

Ainda sobre meio ambiente do trabalho, vale enfatizar que a O.I.T (Organização Internacional do Trabalho), por meio da Convenção nº 155, arts. 16 ao 18, impõe ao empresário a obrigação de adotar medidas de segurança a fim de garantir ao empregado condições de trabalho que assegurem sua integridade física e psíquica, ademais, a qual o Brasil ratificou através tal convenção através do Decreto 1.254/94.

No início do ano de 2020, logo após a declaração de Pandemia pela OMS, a

OIT publicou uma nota nomeada “As normas da OIT e a COVID-19 (coronavírus)”, que versa sobre as Normas Internacionais do Trabalho e a Covid-19.

No documento alhures, no capítulo de Segurança do Trabalho, reiteram-se os dispositivos da Convenção nº 155, e assevera-se: **“Os (As) empregadores(as) terão a responsabilidade global de garantir que se adotem todas as medidas de prevenção e proteção factíveis para reduzir ao mínimo os riscos ocupacionais (Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores, 1981 (Nº 155))”**.

Vale memorar o princípio da alteridade, o qual compreende que os riscos oriundos do desempenho da atividade correm para o empregador, logo, cabe a este arcar com todos os gastos necessários para proporcionar um ambiente de trabalho saudável para seus empregados, mesmo em situações excepcionais, como a pandemia por todos vivenciada.

Por todo exposto, restou evidenciado o dever legal do empregador em adotar todas as medidas sanitárias e protocolos de prevenção à Covid-19. Assim como instituir políticas institucionais que versam sobre prevenção da pandemia e fornecer aos empregados todos equipamentos necessários para diminuir o risco de contaminação, adequando o espaço geográfico do ambiente laboral aos ditames das normas de segurança e de medicina do trabalho.

Por último, ainda cabe ao empregador fiscalizar o cumprimento das medidas e dos protocolos por parte dos empregados, visto que a não fiscalização e a negligência da empresa quanto à adoção das orientações sanitárias ocasionam risco à saúde do trabalhador, criando presunção do nexo de causalidade.

Dessa maneira, a culpa se caracteriza pelo mesmo fato gerador do nexo causal, criando o dever de indenizar o trabalhador por eventual dano e a classificação da Covid-19 como doença ocupacional para que surta seus efeitos legais, haja vista que restarão preenchidos os requisitos da responsabilidade subjetiva.

6 Covid-19 como doença ocupacional e responsabilidade civil objetiva

O Código Civil vigente prevê a responsabilidade objetiva ou teoria do risco por meio da redação do parágrafo único do art. 927. É sabido que o texto constitucional adotou a responsabilidade subjetiva.

No entanto, a norma constitucional não exclui a responsabilidade objetiva prevista no diploma infraconstitucional cível, o qual é perfeitamente aplicável de maneira supletiva ao Direito do Trabalho, tendo em vista o princípio da norma mais favo-

rável e o fato de a Consolidação Trabalhista zelar pela proteção da segurança e da saúde do empregado no seu ambiente laboral.

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente pacificou as discussões e as dúvidas existentes sobre a aplicação ou não da responsabilidade objetiva na esfera do Direito do Trabalho.

O Tribunal Maior foi provocado a se posicionar a respeito da espécie de responsabilidade civil aplicada ao empregador na reparação de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, decorrentes de acidentes de trabalho por meio do Recurso Extraordinário nº 828.040-DF.

O STF, através de plenário virtual, em 05/09/2019, editou o tema 932:

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, **sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial**, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade. **(Nossos grifos).**

O posicionamento do STF teve efeito de repercussão geral, por conseguinte, unificará a jurisprudência de todos os Tribunais Regionais do Trabalho no país, visto que uma das consequências da tese com repercussão geral é impedir que o tema seja novamente examinado pelo guardião da Constituição, já que atribui força vinculante aos demais tribunais.

Pelo exposto alhures, conclui-se que, assim como na esfera cível, na seara trabalhista será aplicada nas hipóteses decorrentes da lei ou do risco da atividade a responsabilidade objetiva para reparar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais decorrentes de acidentes de trabalho ou de doenças ocupacionais.

A CF/88 considera o espaço de trabalho como meio ambiente na forma do art. 200, inciso VIII. Nessa mesma linha de pensamento, o art. 225, § 3º, do mesmo diploma legal, impõe a obrigação de reparar danos oriundos de atividades prejudiciais ao meio ambiente, independentemente da demonstração de dolo ou de culpa.

A redação do aludido dispositivo permite interpretá-lo de maneira favorável ao trabalhador:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, **independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (nossos grifos)**

O último trecho do dispositivo abarca os trabalhadores, uma vez que estes são passíveis de danos decorrentes da poluição ambiental, em virtude da abrangência do art. 200, VIII, da CF/88 em compreender o ambiente de trabalho como meio ambiente.

Comungando com a tese anteriormente abordada, pode-se postular a Lei Ambiental nº 6.938/1981, a qual estabelece a responsabilidade objetiva ao poluidor do meio ambiente que cause danos a este ou a terceiros. Dispositivo da lei:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores.

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.** O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. **(nossos grifos).**

Sobre o tema, a doutrina tem se posicionado a favor da atribuição da responsabilidade civil objetiva nos casos de doenças ocupacionais. Na perspectiva de OLIVEIRA (2021, *apud* ROCHA, 1997, p. 67):

A Constituição estabelece que, em caso de acidente de trabalho, o empregador pode ser responsabilizado civilmente, em caso de dolo ou culpa. O dispositivo fundamenta-se no acidente de trabalho tipo individual. **Contudo, ocorrendo doença ocupacional decorrente de poluição no ambiente de trabalho, a regra deve ser da responsabilidade objetiva**, condizente com a sistemática ambiental, na medida em que se configura a hipótese do art. 25, § 3º, que não exige qualquer conduta na responsabilização do dano ambiental. Em caso de degradação ambiental do ambiente de trabalho, configura-se violação ao direito 'ao meio ecologicamente equilibrado, direito eminentemente metaindividual. Como se trata de poluição no meio ambiente do trabalho que afeta a sadia qualidade de vida dos trabalhadores, a compreensão dos dispositivos mencionados não pode ser outra senão a de que a responsabilidade em caso de dano ambiental é objetiva: e quando a Magna Carta estabelece a responsabilidade civil subjetiva, somente se refere ao acidente de trabalho, acidente-tipo individual, diferente da poluição no ambiente do trabalho, desequilíbrio ecológico no *habitat* de labor, que ocasiona as doenças ocupacionais. **(Nossos grifos).**

Por fim, a jurisprudência tem entendimento firmado no mesmo sentido alhures exposto, em razão da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, a qual originou o Enunciado nº 38:

Responsabilidade civil. Doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981.

Conforme restou demonstrado no transcrever deste artigo, a Covid-19 pode ser classificada como doença ocupacional, porém, não é possível aplicar o entendimento doutrinário e jurisprudencial apresentado neste tópico nos casos de Covid-19 como doença ocupacional, em função de o coronavírus não só ter poluído o ambiente de labor, mas também todo o meio ambiente global.

Porquanto, atribuir responsabilidade objetiva de forma automática aos empresários nesta hipótese é o mesmo que ferir o princípio da razoabilidade e da equidade, além de fadar a atividade empresarial ao fracasso, agravando o desemprego e a crise econômica que assola o país.

Dessa maneira, cabe ao poder legislativo determinar o que é atividade de risco em um cenário de pandemia da Covid-19 e, na sua omissão, cabe à jurisprudência e à doutrina realizar tal determinação, visto que as ações com este objeto “batem na porta do judiciário diariamente”, em razão do princípio constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição, consagrado no art. 5, XXXV, da CF/88, o qual impõe ao Judiciário o dever legal de se manifestar a respeito dos direitos a ele pleiteados.

Por conseguinte, torna-se extremamente necessário que o Judiciário possua algum parâmetro do que venha ser atividade de risco em tempos da pandemia do coronavírus, a fim de garantir aos empregados e empregadores segurança jurídica e isonomia.

Sob este prisma, OLIVEIRA (2021, *apud* OSHA, 2020, p. 19-20) cita a classificação realizada pela Agência Especializada em Administração e Segurança Ocupacional dos Estados Unidos – OSHA (*Occupational Safety and Health Administration*) a respeito das atividades laborais com maiores riscos de contágio pelo novo coronavírus. A classificação foi realizada em 04 (quatro) níveis de exposição: **1. Risco muito alto, 2. Risco alto, 3. Risco médio, 4. Risco baixo.**

Por tudo que foi narrado, se faz pertinente expor a “Pirâmide do Risco Ocupacional para a Covid-19”, elaborada pela mencionada agência norte-americana:

Risco de exposição muito alto

Trabalhos com risco de exposição muito alto são aqueles com alto potencial de exposição a fontes conhecidas ou suspeitas de COVID-19 durante procedimentos médicos, *post-mortem* ou

laborais específicas. Os trabalhadores desta categoria incluem:

- Profissionais de saúde (por exemplo, médicos, enfermeiros, dentistas, paramédicos, técnicos de emergência médica) realizando procedimentos de geração de aerossóis (por exemplo, intubação, procedimentos de indução de tosse, broncoscopias, alguns procedimentos e exames dentários ou coleta invasiva de amostras) em pacientes conhecidos ou suspeitos de portar o COVID-19.
- Pessoal de saúde ou de laboratório que coleta ou manipula amostras de pacientes conhecidos ou suspeitos de portar o COVID-19 (por exemplo, manipular culturas de pacientes conhecidos ou suspeitos de portar COVID-19)
- Trabalhadores do necrotério realizando autópsias, que geralmente envolvem procedimentos de geração de aerossóis, nos corpos de pessoas que possuem ou suspeitam ter o COVID-19 no momento de sua morte.

1. Alto risco de exposição

Os trabalhos de alto risco de exposição são aqueles com alto potencial de exposição a fontes conhecidas ou suspeitas de portar o COVID-19.

Os trabalhadores desta categoria incluem:

- Equipe de assistência e suporte médico (por exemplo, médicos, enfermeiros e outros funcionários do hospital que precisam entrar no quarto dos pacientes) expostos a pacientes conhecidos ou suspeitos de portar o COVID-19. (Nota: quando esses trabalhadores executam procedimentos de geração de aerossol, seu nível de risco de exposição se torna muito alto)
- Trabalhadores do transporte médico (por exemplo, operadores de veículos de ambulância) que transportam pacientes conhecidos ou suspeitos de portar o COVID-19 em veículos fechados.
- Trabalhadores de necrotérios envolvidos na preparação (por exemplo, para enterro ou cremação) dos corpos de pessoas que se sabe ter ou são suspeitas de portarem COVID-19 no momento de sua morte.

2. Risco de exposição médio

Trabalhos de risco de exposição média incluem aqueles que requerem contato frequente e/ou próximo de pessoas que podem estar infectadas com SARS-CoV-2 (a menos de um metro e meio de distância), mas que não são pacientes suspeitos ou conhecidos de portarem o COVID-19. Em áreas sem transmissão comunitária contínua, os trabalhadores desse grupo de risco podem ter contato frequente com viajantes que podem retornar de locais internacionais com transmissão generalizada de COVID-19. Nas áreas em que há transmissão comunitária em andamento, os trabalhadores dessa categoria podem ter contato com o público em geral (por exemplo, nas escolas, nos ambientes de trabalho com alta densidade populacional e em alguns ambientes de varejo de alto volume).

3. Menor risco de exposição

Os trabalhos com menor risco de exposição são aqueles que não requerem contato com pessoas conhecidas como infectadas com SARS-CoV-2, ou suspeitas de estarem infectadas com SARS-Cov-2, nem contato frequente e próximo com o público em geral. Os trabalhadores desta categoria têm contato profissional mínimo com o público e outros colegas de trabalho.

Pelos argumentos apresentados, conclui-se que é possível o trabalhador acometido por Covid-19 classificá-la como doença ocupacional e pleitear indenização por eventuais danos com fundamento na responsabilidade civil objetiva. Para tanto, o labor por ele desempenhado deve ser considerado de risco, expondo-o a uma maior chance de contágio quando comparado com a grande parte de trabalhadores da sociedade.

7 Posicionamento dos tribunais

Os Tribunais Regionais do Trabalho têm adotado o posicionamento explanado durante o decorrer deste artigo, aplicando em regra a responsabilidade subjetiva no caso de classificação da Covid-19 como doença ocupacional e danos decorrentes desta.

Por meio da análise da jurisprudência nacional, é perceptível que o fator determinante para caracterização da responsabilidade civil subjetiva é a demonstração do nexo causal por parte do autor e a negligência do empregador em relação às medidas sanitárias, desencadeando a culpa.

Por tais razões, se faz pertinente expor o julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª região:

PANDEMIA. COVID 19. DOENÇA OCUPACIONAL. NEXO CAUSAL NÃO

CONFIGURADO. Para o enquadramento da Covid 19 como doença ocupacional, é necessário que haja ao menos indícios de que o contágio se deu no ambiente de trabalho (nexo causal). No caso, embora o reclamante exercesse a função de técnico de enfermagem, não trabalhava em ambiente hospitalar ou diretamente com pacientes em tratamento da Covid 19, já que fazia o atendimento a apenas um paciente, em home care, o qual foi testado e não contraiu a doença. Ademais, os outros membros da equipe que revezavam a jornada 12x36 com o autor também testaram negativo. Lado outro, sobressaiu dos autos que a esposa do reclamante laborava em dois hospitais que atuavam no tratamento da Covid 19, bem como que ela manifestou os sintomas dessa doença antes do autor. Diante de tais elementos, não há como estabelecer o nexo causal da doença contraída pelo empregado com o trabalho desenvolvido na reclamada, razão pela qual esta não pode ser responsabilizada pela reparação dos danos causados. (TRT18, ROT - 0010736-32.2020.5.18.0008, Rel. GENTIL PIO DE OLIVEIRA, 1ª TURMA, 18/06/2021)

No julgado exposto, o órgão julgador compreendeu que o pedido de reparação de danos possui natureza subjetiva, visto que, apesar do autor ser da área da saúde, não tinha contato com pacientes portadores ou suspeitos de portar Covid-19. Nesse âmbito, a sua função não o expunha em condição de alto risco de contágio, por isso, deveria comprovar nos autos os elementos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva. Porém, o Tribunal nem sequer apreciou a existência de culpa pela ré, uma vez que não foi caracterizado nexo de causalidade entre o vírus contraído e a atividade desenvolvida em prol da empresa.

Com o objetivo de apontar a pluralidade de entendimentos sobre a temática, se faz oportuno demonstrar o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região:

DOENÇA OCUPACIONAL. COVID-19. FRIGORÍFICO. NEXO CAUSAL.

Comprovada a negligência e as condutas imprudentes da empresa quanto às condições de trabalho para enfrentamento da COVID-19, bem como se tratando da peculiaridade do trabalho em frigorífico, resta demonstrado que a empresa contribuiu e assumiu os riscos de transmissão, podendo-se presumir e reconhecer o nexo de causalidade diante da grande probabilidade de contaminação. Existindo nexo entre a doença e o trabalho resta preenchida a hipótese de incidência das normas que definem a responsabilidade do empregador com a moléstia adquirida pelo trabalhador.

(TRT da 4ª Região, 6ª Turma, 0021151-10.2020.5.04.0511 ROT, em 04/08/2021, Desembargadora Beatriz Renck - Relatora)

No apreciado julgado, restou entendido que o réu agiu com omissão em relação ao dever legal de zelar pela saúde e pela segurança do trabalhador, tendo em vista que nenhuma medida sanitária foi adotada pelo estabelecimento empresarial, ensejando o dever de indenizar o autor pelos danos sofridos com fundamento na responsabilidade subjetiva devido à omissão do dever da empresa em seguir os protocolos sanitários.

Os julgados supramencionados optam pela aplicação da responsabilidade subjetiva em razão das questões fáticas do caso, mas é válido e pertinente a demonstração dos julgados que entendem pela aplicação da responsabilidade objetiva:

EMENTA FSNH. TÉCNICA DE ENFERMAGEM. DOENÇA OCUPACIONAL.

CONTÁGIO PELO SARS-COV-2. Considerando que, no caso em apreço, a reclamante exercia suas atividades na função de “Técnica de Enfermagem”, nas dependências do Hospital Municipal de Novo Hamburgo, presume-se que o contágio da reclamante pela COVID-19 decorreu das atividades por ela desempenhadas, pois notória a sua exposição diária ao vírus. Inteligência do art. 20, §1º, alínea d, da Lei n.º 8.213/91 e do art. 927 do CCB.

Recurso ordinário da reclamante parcialmente provido. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0020484-72.2020.5.04.0301 ROT, em 29/09/2021, Desembargador Fabiano Holz Beserra - Relator).

Conforme sustentado no tópico específico a respeito da responsabilidade civil objetiva decorrente da Covid-19, o Tribunal do Trabalho da 4ª Região comunga com o posicionamento explanado, visto que, no julgado alhures, a autora trabalhava como técnica de enfermagem, no interior do hospital empregador.

Por esses motivos, possuía visível exposição ao coronavírus, conseqüentemente, sua atividade laboral tinha maior risco de contágio em relação às demais praticadas pela coletividade como um todo. Portanto, entendeu o Tribunal que a autora fazia jus à reparação civil com fulcro na responsabilidade objetiva.

O Tribunal do Trabalho da 3ª Região adota o mesmo posicionamento no que diz respeito à responsabilidade objetiva em razão de danos decorrentes da Covid-19:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESSUPOSTOS. O direito à indenização por danos morais encontra amparo nos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 c/c o arts. 5º, X e 7º, XXVIII, da Constituição da República. Assim, a responsabilidade civil se configura em dois planos. No plano subjetivo, quando decorre de ação ou omissão do agente causador do dano, por dolo ou culpa caso; no plano objetivo, independentemente de qualquer elemento de ordem subjetiva por parte do responsável pelo dano, nos casos previstos em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo responsável pelo dano, por sua natureza implique risco aos direitos de outrem. O dano moral caracteriza-se, portanto, por uma ofensa a um bem jurídico de outrem, pela existência de nexo causal entre a conduta do ofensor ou entre a atividade de risco desenvolvida pelo responsável e o dano ao patrimônio moral juridicamente amparado do ofendido. No presente caso, a prova oral revelou que não havia fornecimento de condições mínimas de segurança e higiene no local de trabalho da reclamante, que laborava em barreira sanitária na entrada no município para contenção da pandemia por Covid-19, caracterizando, portanto, lesão à dignidade da trabalhadora, impondo-se a reparação por danos morais.

(TRT da 3.^a Região; PJe: 0010904-16.2020.5.03.0052 (RO);
Disponibilização: 31/08/2021, DEJT/TRT3/Cad. Jud, Página 2401; Órgão Julgador: Decima Primeira Turma; Relator: Des. Antonio Gomes de Vasconcelos)

Por todo exposto, é possível perceber que os tribunais reconhecem a Covid-

19 como doença ocupacional, e a responsabilidade patronal por eventuais danos decorrentes desta irá depender do caso fático, podendo ser atribuída ambas as espécies de responsabilidade civil, tanto subjetiva como objetiva.

Vale ressaltar que a ideia do que vem ser atividade de risco ainda se encontra no plano subjetivo do julgador, haja vista que não há um rol taxativo para atividades de risco. Logo, o tipo de responsabilidade a ser aplicada no caso concreto dependerá das provas produzidas durante toda fase de cognição processual e do entendimento do juízo.

Conclusão

Por todo conteúdo apresentado, restou patente que o ordenamento jurídico ampara a Covid-19 como doença ocupacional.

Ato contínuo, é irrelevante se o empregador e o empregado cumpriram com as determinações legais que visam precaver e combater a Covid-19, ou seja, é dispensável a existência de culpa comissiva ou omissiva para que a Lei Previdenciária reconheça a Covid-19 como doença ocupacional.

Todavia, o não acolhimento dos protocolos sanitários é um forte indício de que a doença decorreu em virtude do exercício laboral, o que, no entendimento destes autores, gera o nexo de causalidade.

Nesta linha, cabe à perícia médica federal realizada pelo INSS constatar o nexo de causalidade entre a contaminação por Covid-19 e a prestação de serviço. Ressalta-se que não é necessária a demonstração de prova irrefutável quanto ao nexo de causalidade, e a conclusão deste será apurada por meio dos indícios do provável local de contaminação, tendo em vista ser impossível apontar com precisão o local em que o vírus foi transmitido.

Faz-se oportuno memorar que o Juiz do Trabalho possui competência para reconhecer a Covid-19 como doença

ocupacional, já que não está vinculado ao laudo pericial emitido pelo INSS. Porém, a doença ocupacional reconhecida em razão da ação trabalhista somente surtirá efeitos no contrato de emprego, haja vista que a Justiça do Trabalho não pode impor ao INSS a obrigação de implementar o benefício devido decorrente de doença ocupacional.

Conforme explanado, para o empregado é importante que a Covid-19 possa ser classificada como doença ocupacional, em razão das implicações jurídicas que irão afetar o contrato, uma vez que o empregado fará jus ao recolhimento de FGTS durante todo período de afastamento, garantia de emprego pelo prazo de 12 meses após seu retorno e direito a requerer o benefício previdenciário “auxílio-doença acidentário” código (B.91) e à eventual reparação civil.

É sabido que a Covid-19 pode acarretar sequelas de diferentes tipos, o que é nomeado pelo mundo jurídico como dano, por conseguinte, enseja o dever de responsabilidade civil em prol da vítima.

Como já abordado, a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. Para que o trabalhador tenha direito a esta, não basta que apenas tenha sido acometido pela Covid-19.

Para tanto, torna-se imprescindível que a patologia seja enquadrada como doença ocupacional e tenha gerado algum dano de caráter patrimonial ou extrapatrimonial ao empregado, visto que na hipótese de acometimento por Covid-19 sem nenhum dano, não se pode falar em dever de reparação.

A reparação dos danos decorrentes da Covid-19, em regra, irá decorrer da responsabilidade civil subjetiva, devendo a vítima demonstrar o fato, a culpa do empregador, o dano e o nexo de causalidade. Por esses motivos, se faz imprescindível que o empregador respeite todas as medidas de combate e de prevenção ao coronavírus, a fim de evitar futuras indenizações e, principalmente, em razão do bem coletivo social.

Em outra ótica, restou demonstrada a possibilidade em caráter excepcional da aplicação da responsabilidade objetiva. Por isso, é necessário que o empregado exerça atividade com risco especial, assim como os operadores da área da saúde que atuam na “linha de frente” contra a COVID-19, visto que estes profissionais trabalham diariamente com risco bem mais elevado de serem acometidos pelo coronavírus do que os demais trabalhadores de outros ramos laborais.

Por fim, cabe ao Juiz do Trabalho analisar em cada caso concreto suas peculiaridades, observando se a parte ré agiu de ma-

neira que gerasse nexo de causalidade e de culpa, ou se a atividade do obreiro é considerada de risco especial, para que não incorra a justiça especializada, em injustiça ou excesso de condenação.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Diário Oficial da União, DF, 06 de mai. 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Decreto legislativo 06, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Senado Federal, 20 de mar de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Decreto Lei. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Diário Oficial da União, RJ, 01 mai, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/de-

[creto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 16 de out. 2021.

BRASIL. Decreto 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Diário Oficial da União, RJ, 15 jan, 1919. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>>. Acesso em: 18 de out de 2021.

BRASIL. Lei. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 16 out. 2021.

Brasil. Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967. Integra o seguro de acidentes de trabalho na previdência social. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de set. 1967. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5316.htm>. Acesso em 16 de out de 2021.

BRASIL. Lei. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de jul de 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1991/l8213.htm>.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de mar de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 de out 2021.

BRASIL. Portaria nº 454, de 20 de março de 2020. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Diário Oficial da União, Ministério da Saúde, 20 de mar de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Portaria Conjunta nº 20, de 18 de junho de 2020. Estabelece as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho (orientações gerais). Diário Oficial da União, Ministério da Economia e Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, 19 de jun de 2020. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020-262408085>>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Cartilha de Prevenção à Covid-19: orientações para prevenção e controle da Covid-19 nos locais de trabalho. FUNDACENTRO, 10 de julho de 2020. Disponível

em: < <https://www.gov.br/fundacentro/pt-br/assuntos/noticias/noticias/2020/7/cartilha-da-fundacentro-traz-medidas-de-prevencao-e-controle-da-covid-19>>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Recurso Ordinário nº 0010736- 32.2020.5.18.0008. Rel. Gentil Pio de Oliveira, 1ª Turma, 18/06/2021. Disponível em: https://sistemas2.trt18.jus.br/solr/pesquisa?&fq=orgao_julgador%3A%22%2C%AA+TURMA%22&fq=orgao_julgador%3A%22%2C%AA+TURMA%22&sort=data_aprox%20desc,%20score%20desc&q=%28pandemia+e+covid+19+e+doen%C3%A7a+ocupacional%29+&fq=relator:%22gentil+pio+de+oliveira%22. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 0021151- 10.2020.5.04.0511. Rel. Beatriz Renck, 6ª Turma, 04/08/2021. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/ODvMhXceBfN9AxDmJy82Fw?>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 0020484- 72.2020.5.04.0301. Rel. Fabiano Hoz Beserra, 1ª Turma, 29/09/2021. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/ODvMhXceBfN9AxDmJy82Fw?>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordi-

nário nº 0010904- 16.2020.5.03.0052. Rel. Antônio Gomes de Vasconcelos. 11ª Turma, 31/08/2021. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1274>. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6342. Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, publicado em 11/11/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206342%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 16 de out de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com efeito de Repercussão Geral, nº 828040/DF. Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, publicado em 26/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427391/false>. Acesso em: 16 de out de 2021.

CONVENÇÃO nº 155 da Organização Internacional do Trabalho = CONVENTION Nº 155 of the International Labor Organization. 11 de agosto de 1983. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm >. Acesso em: 16 de out de 2021.

CORREIA. Henrique Correia. Curso de Direito do Trabalho, 6ª edição. Editora JusPODIVM, 2021.

DELGADO. Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho, 18ª edição. Editora LTr, 2019.

LEITE. Carlos Henrique Bezerra Leite. Curso de Direito do Trabalho, 13ª edição. Editora Saraiva, 2021.

MIESSA. Élisson Miessa. Curso de Direito Processual do Trabalho, 8ª edição. Editora JusPODIVM, 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA et aut. Nota técnica SEI nº 56.376/2020. Disponível em: < https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-tecnicas/2020/sei_me-12415081-nota-tecnica-covid-ocupacional.pdf >. Acesso em: 16 de out de 2021.

OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de Oliveira. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, 12ª edição. Editora JusPODIVM, 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. As normas da OIT e a COVID-19(coronavírus), de 23 de março de 2020. Disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—americas/—ro-lima/—ilo-brasilia/documents/publication/wcms_745248.pdf>. Acesso em: 16 de out de 2021.

NEWTON PAIVA. Revista eletrônica de direito. Disponível em <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/>>. Acesso em 16 de out de 2021.

TARTUCE. Flávio Tartuce. Manual do Direito Civil, 7. ed. Editora Método, 2017.

A prática de *staining* como causa de justa causa empresarial e pagamento de indenização na Justiça do Trabalho

Amanda da Silva Brito

Acadêmica de Direito do Centro
Universitário Newton Paiva

Daniela Lage Mejia Zapata

Professora
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG
Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG
Especialista em Direito do Trabalho e
Previdenciário pelo CAD/GAMA FILHO
Membro da AMAT
Membro da Comissão de Direitos Sociais e
Trabalhistas da OAB/MG
Advogada

RESUMO

O presente trabalho tem como função precípua apresentar as repercussões acerca da prática de *staining* no meio ambiente de trabalho. Evidenciar os inúmeros impactos acarretados a todos os envolvidos e, especialmente, à vida de milhares de trabalhadores, em decorrência das práticas abusivas que violam suas dignidades. Apontar as principais causas que estão por detrás do acontecimento do fenômeno que se instala no íntimo de muitas empresas, causando o adoecimento da mão de obra humana e, conseqüentemente, a degradação do ambiente de trabalho. Explicar como a prática está umbilicalmente relacionada à pretensão do empregado em pleitear a rescisão indireta do empregador. E retratar a incessante batalha por parte das organizações, juristas e intérpretes da esfera trabalhista, na busca por indenizações que verdadeiramente se revertam não somente de caráter reparatório, como pedagógico, eliminando a possibilidade de novas ocorrências nesse sentido.

Palavras-chave: *Staining*; Impactos; Meio Ambiente de Trabalho, Dignidade Humana; Rescisão Indireta; Indenização.

ABSTRACT

The main function of this work is to present the repercussions on the practice of coloring in the work environment. Highlight the countless impacts caused to all involved, and especially to the lives of workers' employees, as a result of abusive practices that violate their dignity. Point out the main causes behind the occurrence of the phenomenon that settles in the depths of many companies, causing the illness of human labor and, consequently, a degradation of the work environment. Explain how the practice is umbilically related to the pretense of employment in seeking indirect termination from the employer. And, portray the incessant battle on the part of associations, jurists and interpreters in the labor sphere, in the search for indemnities that revert not only of a reparatory nature, but also of a pedagogical one, eliminating the possibility of new occurrences in this regard.

Keywords: *Staining*; Impacts; Working Environment, Human Dignity; Indirect Termination; Indemnity.

Introdução

A força de trabalho é a força motriz de qualquer sociedade. Por meio dela, as sociedades se desenvolveram, evoluíram e chegaram ao que são atualmente. Desde o momento em que surgiram as primeiras civilizações, há divisão do trabalho necessário para mantê-las em pleno funcionamento.

O ser humano que produzia apenas para sua subsistência e de seu grupo passou, com o advento da Primeira Revolução Industrial¹, ocorrida entre os séculos XVIII e XIX, a produzir em maior escala e de modo mecanizado. As inovações tecnológicas implementadas pela revolução e, conseqüentemente, o surgimento das primeiras indústrias suprimiram os modelos de produção agrícola e artesanal, ensejando a implementação de modelos de produção próprios, com características peculiares.

O Taylorismo, o Fordismo e o Toyotismo², exemplos clássicos de modelos de produção, inauguraram a Segunda Revolução Industrial³, compreendida entre os séculos XIX e XX. Apesar de to-

¹ Disponível em: <<https://cfa.org.br/as-outras-revolucoes-industriais/>>.

² Disponível em: <<https://www.diferenca.com/taylorismo-fordismo-e-toyotismo/>>.

³ Disponível em: <<https://cfa.org.br/as-outras-revolucoes-industriais/>>.

dos os modelos de produção fomentarem maior produção com o menor custo possível associado a um grande nível de subordinação dos trabalhadores, foi o modelo de produção toyotista que logrou grande êxito, possuindo presença marcante nas indústrias desde então até os dias atuais. Foi desenvolvido pelos engenheiros Taiichi Ohno, Shigeo Shingo e Eiji Toyoda e implementado no final dos anos 1940, logo após a Segunda Guerra Mundial.

O modelo japonês, desenvolvido no pós-guerra, onde deflagrou-se, principalmente, a utilização de aço pelas indústrias, tinha como objetivo superar as adversidades enfrentadas pelo Japão para a produção. As dificuldades relacionadas à mão de obra escassa, acesso dificultado à matéria-prima, transporte e a sua localização geográfica fizeram com que seu modelo de produção se baseasse na flexibilização. Inúmeros são os diferenciais, mas os divisores de água foram a produção conforme a demanda, o *"just in time"* e a implementação de inspeção em todas as fases de produção. Tais condutas, além de evitar estoque de mercadorias acabadas sem uma destinação, evitam perdas na produção na medida em que corrige os erros ao longo de todo o processo de produção.

Como consequência, a autonomia para o trabalho, a qual era exercida pelos superiores de modo incessante no modelo taylorista, evidencia singela atenuação no modelo fordista e passa a ser desempenhada de forma estrutural no toyotismo. Esse modelo de produção, herdeiro dos modelos anteriores a ele, foi implementado pela indústria automobilística Toyota, difundindo-se a partir dos anos 1970.

Com o emprego de técnicas extremamente aprimoradas, associado a um mercado consumerista, que se mostra mais exigente e volátil, a produção eficiente e lucrativa, muitas vezes, é buscada sem que haja limites. O modo atual de produção dita um ritmo de trabalho exaustivo, com divisão de tarefas e funções que segregam grupos e setores de trabalhadores, impondo-lhes metas, frequentemente, inatingíveis. Isso é o que se observa através da nova organização do trabalho, totalmente desvirtuada do início das primeiras civilizações.

A produção é eficiente e gera lucro, disso não se pode duvidar, porém, ao mesmo tempo em que se mostra lucrativa aos empresários, na contramão, sacrifica excessivamente a saúde não só física, como também psíquica dos milhares que empenham sua força de trabalho para o desenvolvimento da atividade da empresa. Ela não respeita o empregado individualmente e, em muitos casos, nem mesmo coletivamente.

O lucro se sobrepõe à pessoa. Não há respeito aos seus direitos básicos, não há priorização do fator humano. As inúmeras condutas perversas praticadas por superiores hierárquicos, gerentes, chefes, e até mesmo colegas de trabalho ferem a dignidade dessas pessoas, as quais compõem grupos ou setores dentro da organização. Essas ações, quando presentes no seio de uma organização, desencadeiam reações que podem afetar o trabalhador individualmente, no assédio moral interpessoal ou coletivamente, no assédio moral organizacional, o *staining*.

É justamente o assédio moral à coletividade, o *staining*, que será detalhado no decorrer deste trabalho. Definiremos seu conceito, os elementos que o caracterizam, os sujeitos envolvidos, as consequências diretas e indiretas de sua prática, bem como o posicionamento do Judiciário sobre essa prática que se tornou realidade dentro de muitas empresas.

1 Ambiente de trabalho saudável como dever do empregador

Um ambiente de trabalho apto para o desenvolvimento das atividades da empresa por parte dos trabalhadores não é o que conta com todos os recursos para execução das tarefas, mas aquele que conta com a segurança necessária aos que nele desenvolvem suas atividades.

É dever do empregador manter o ambiente de trabalho seguro e saudável para que seus empregados possam executar as tarefas necessárias para o pleno desenvolvimento da atividade empresária, como dispõe o artigo 157 da Consolidação das Leis do Trabalho.⁴

Para manter a empresa no caminho certo, é imprescindível que o empregador não só assimile o que estabelece a legislação, como também a aplique em sua organização. Para o pleno funcionamento de uma organização, é importante que todos os recursos estejam disponíveis, sendo a mão de obra a força indispensável para manter a produtividade.

Sem mão de obra não há produção, isso porque, por mais automatizado que a produção possa ser e apesar de inúmeros postos de trabalhos terem sido suprimidos pelos avanços tecnológicos, sempre haverá a necessidade de um profissional para realizar tarefas que são essencialmente humanas.

⁴ PLANALTO. **Consolidação das Leis do Trabalho de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 20.09.2021.

O pouco caso para com este valioso recurso fez com que os trabalhadores passassem muitos anos sofrendo abusos em suas variadas formas, por parte de seus empregadores. Lamentavelmente, a realidade atual ainda é espantosa. Há submissão a jornadas longas e em condições precárias, extremamente desgastantes, mulheres e crianças exercendo atividades incompatíveis com sua força muscular, negativa de direitos básicos e até violência em suas várias espécies: física, psicológica, sexual, etc.

Isso porque as organizações, objetivando maior lucratividade e eficiência na atividade empresarial, constantemente violam direitos desses trabalhadores, sendo a violência psicológica uma das armas mais usadas para atingir esse propósito. A gestão por estresse, observada na prática de *staining*, visa, com a manipulação psicológica, tirar o máximo de proveito possível desses trabalhadores.

É por meio dessas práticas abusivas e perversas, desenvolvidas sistemática e reiteradamente pelas organizações, que se garante o melhor engajamento de um grupo ou setor específico da empresa e, como sempre, extrai-se maior eficiência dos trabalhadores, culminando em maior lucratividade.

Lamentavelmente, a prática de *staining* tornou-se regra em muitas empresas que, conscientes da situação, retiram do ambiente de trabalho o *status* de saudável e seguro, dando lugar a um ambiente hostil, incômodo e doentio.

1.1 Assédio moral: interpessoal e organizacional

O assédio moral no ambiente de trabalho não é assunto inusitado. Dar ouvidos aos empregados é, sim, coisa nova. As preocupações com os trabalhadores surgiram justamente no período em que o modelo Toyota de produção se disseminou, quando a globalização estava em seu auge.

O ritmo acelerado de produção, devido ao mercado exigente e à obsolescência dos produtos aliado ao lucro a qualquer custo, impactou diretamente na vida de milhares de trabalhadores que, frente a essas situações desgastantes, “decidem entre dois aspectos irrenunciáveis da dignidade humana: a saúde do corpo e da mente e o direito ao emprego, única fonte de sobrevivência” (GUEDES, 2008. p. 31).

No Brasil, apesar da consolidação das leis trabalhistas em 1943, durante o governo Getúlio Vargas e os direitos trabalhistas serem definitivamente inseridos na legislação brasileira, foi

com o início da construção de uma democracia pautada em direitos concomitantemente ao estabelecimento da Constituição da República Federativa de 1988 que a tutela desses direitos foi assegurada e eles adquiriram observância obrigatória, sob pena de violação.

Entre os fundamentos da Carta Magna, estão, conforme dispõe o inciso IV, do artigo 1º, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa⁵. A Constituição reservou, também, destaque aos direitos dos trabalhadores, ao tratá-los no decorrer de seu artigo 7º. Além desses dispositivos, outros vários tratam sobre o tema no decorrer do texto constitucional.

Assim, o assunto assédio moral começou a ganhar contornos. Ele pode expressar-se, geralmente, de duas formas: pelo assédio moral interpessoal e pelo assédio moral organizacional. Cada um possui características próprias que os tornam singulares, porém não deixam de guardar relação quanto ao local de incidência: o ambiente de trabalho.

Por mais que não seja objeto de estudo, para melhor compreensão do assédio moral organizacional ou *staining*, é importante que, a princípio, se estabeleça o que é o assédio moral (gênero) e seu conceito, para que, depois, possa chegar às suas espécies e suas definições.

Largamente estudado pela doutrina, o assédio moral ou assédio moral laboral, como denomina a doutrinadora Claiz Maria Gunça⁶, pode ser definido como:

A tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras, gestos e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atinge a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador, comprometendo o exercício do labor e, até mesmo, a convivência social e familiar.

O assédio moral (gênero) pode ser classificado conforme sua abrangência, ou seja, de acordo com a forma como se evidencia

⁵ PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20.09.2021.

⁶ Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho (ENIT), Ano 2, 2018, p. 36. Disponível em: <<https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php/RevistaEnit>>. Acesso em 23.10.2021.

no ambiente de trabalho, atingindo trabalhadores individualmente ou toda a coletividade destes.

A primeira de suas espécies, o assédio moral interpessoal ou *mobbing*, como denomina a juíza do trabalho e pioneira sobre o assunto no Brasil, Márcia Novaes Guedes, compreende-se como (GUEDES, 2008, p. 33):

Mobbing significa todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos e comportamentos do patrão, da direção, da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima.

Nesta espécie, o assédio é fenômeno que se revela no ambiente de trabalho, “no qual uma pessoa é individualizada e escolhida como vítima e passa a sofrer ataques diretos ou indiretos, de modo reiterado, durante certo lapso de tempo, que atinge sua liberdade de comunicação, suas relações sociais, sua imagem pessoal e social, sua reputação moral e profissional e sua saúde, podendo colocar em risco sua integridade psíquica, emocional e moral, degradar o ambiente de trabalho e comprometer sua capacidade de resistência de manter-se no trabalho” (GUEDES, 2008, p. 38 e 39).

No tocante ao *staining*, a palavra vem do verbo “*stain*” e significa manchar, macular, sujar, difamar, enodar. No ambiente de trabalho, a prática consiste, basicamente, no modo de gestão por estresse dos trabalhadores para alcançar a máxima produtividade e lucratividade.

Apesar da juíza do trabalho evidenciar a distinção existente entre os fenômenos, foi a Procuradora do Trabalho Adriane Reis de Araújo (2006, p. 107) que propôs, pela primeira vez, um conceito ao *staining*, denominado por ela de assédio moral organizacional, o qual compreende:

O conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus di-

reitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

Para Lis Soboll e Thereza Gosdal, o conceito de assédio moral organizacional proposto por Adriane é muito amplo, se confundindo com o assédio moral. Pelo conceito proposto, as situações em que não seja o assédio meramente interpessoal serão organizacionais, estando excluídas apenas situações de conflito por razões individuais.

Lis Soboll e Thereza Gosdal discordam, pois entendem que, mesmo nessas situações, a empresa deve ser responsabilizada, uma vez que permitiu que o assédio organizacional se instalasse, não tomando medidas para coibi-lo ou agiu quando a prática se consolidou no meio ambiente de trabalho, aproveitando-se da sua ocorrência.

As autoras (GOSDAL; SOBOLL, 2009, p.37) entendem que o assédio moral organizacional é uma das espécies da qual o assédio moral é gênero. Desse modo, desenvolveram o seguinte conceito para o fenômeno:

O assédio organizacional é um conjunto sistemático de práticas reiteradas, inseridas nas estratégias e métodos de gestão, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos, para que sejam alcançados determinados objetivos empresariais ou institucionais, relativos ao controle do trabalhador (aqui incluído o corpo, o comportamento e o tempo de trabalho), ou ao custo do trabalho, ou ao aumento de produtividade e resultados, ou à exclusão ou prejuízo de indivíduos ou grupos com fundamentos discriminatórios. (Lis Soboll e Thereza Gosdal, 2009, p.37)

No mesmo sentido, os doutrinadores Rodolfo Pamplona e Claiz Gunça (2020, p. 92) estruturaram, com base no que anteriormente foi proposto por Adriane, aliado às críticas e ao conceito construído por Lis Gosdal e Thereza Soboll, o seguinte conceito para o assédio moral organizacional ou *staining*:

O assédio moral organizacional consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e reiteradas, que estão inseridas na política gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamen-

te ou a determinado setor ou perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais, que atinge a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.

Rodolfo Pamplona e Claiz Gunça estruturaram um conceito que não contém apenas uma determinação objetiva do fenômeno, mas também abrange suas características elementares, as quais serão tratadas no próximo tópico deste trabalho.

1.2 Elementos caracterizadores do *staining*

Com base no conceito formulado por Rodolfo Pamplona e Claiz Gunça, extraem-se seis elementos que compõem o assédio moral organizacional ou *staining*, que são: abusividade da conduta, habitualidade, contexto organizacional ou gerencial, natureza coletiva do público-alvo, finalidade institucional e ataque à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador. Serão detalhadamente trabalhados, um por vez, para melhor compreensão do fenômeno no ambiente do trabalho.

1.2.1 Abusividade da conduta

Segundo os doutrinadores, a abusividade ocorre justamente quando o empregador extrapola os limites de seu poder diretivo, assim como quando age perversa e agressivamente com os empregados. Atos de hostilização estão muito presentes, por meio dos quais intimidam-se, constrangem-se e humilham-se as vítimas.

Ainda conforme os doutrinadores, o instrumento particularmente utilizado no assédio moral organizacional é o estabelecimento de metas desproporcionais e, em alguns casos, até mesmo inalcançáveis, sendo a consequência para o não cumprimento o pagamento de “prendas”. Inúmeras são as prendas que vão desde obrigar o empregado ou o grupo que não alcançou a meta a usar fantasias até imitar animais.

1.2.2 Habitualidade

No caso da habitualidade, os doutrinadores entendem que, para configuração do assédio moral organizacional, é preciso que as práticas sejam reiteradas e se prolonguem no tempo. Isso

porque a violência psicológica, o psicoterror, presente nessa espécie de assédio, deve acontecer com regularidade, de forma sistemática e perdurar no tempo.

1.2.3 Contexto organizacional ou gerencial

Elemento importante do assédio moral organizacional é que as ações praticadas estejam inseridas em um contexto organizacional ou gerencial. Para que o *staining* se diferencie do assédio moral interpessoal, é imprescindível que essas ações perversas façam parte da estrutura de gestão e das estratégias da empresa.

As ações perversas geralmente se dão na forma do assédio moral organizacional descendente vertical, em que a conduta parte de superiores hierárquicos, chefes, prepostos e gestores, participando, a empresa, de forma ativa, ao estimular a ocorrência das práticas.

1.2.4 Natureza coletiva do público-alvo

Para os doutrinadores Rodolfo Pamplona e Claiz Gunça, o assédio moral organizacional é *lato sensu*, pois pode estar presente em três distintas dimensões: individual homogênea, coletiva e difusa. Na primeira, as condutas são voltadas a um grupo específico, com um perfil em comum, como ocorre no caso de trabalhadores acidentados e gestantes.

A dimensão coletiva relaciona-se com os direitos transindividuais indivisíveis do qual é titular determinado grupo ou setor de uma organização, como no caso de imposição de metas exageradas ao setor responsável pelas vendas ou diretamente aos vendedores.

A dimensão difusa refere-se aos trabalhadores de forma indistinta, bem como o seu grupo social, amigos, vizinhos, familiares, os quais são impactados pelo vínculo social que mantém com a vítima.

1.2.5 Finalidade institucional

O objetivo principal do assédio moral organizacional, diferentemente do assédio moral interpessoal, não é destruir a vítima, mas sim promover estratégias de gestão perversas, com a finalidade de estimular a competitividade.

Com o argumento de que os fins justificam os meios, instituem práticas perversas e impessoais com a implementação de me-

tas inalcançáveis, válidas para assegurar maior lucratividade e eficiência, mesmo que isso sacrifique direitos fundamentais dos trabalhadores.

1.2.6 Ataque à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador

O *staining* é um fenômeno tão arrasador que mina não só as relações que as vítimas mantêm no ambiente de trabalho, mas também sua convivência social, familiar e sua vida privada. Geram impactos à dignidade dos trabalhadores, afetando sua integridade física e mental.

As condutas perversas presentes no *staining* impactam diversos direitos inerentes à pessoa, tais como saúde, imagem, honra, vida privada, intimidade, liberdade religiosa, sindical e de manifestação do pensamento, entre outros inúmeros. Limita, restringe e oprime suas vítimas.

2 Dano extrapatrimonial na prática de *staining*

Com a reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467, de 2017, a Consolidação das Leis do Trabalho passou a contar com uma parte específica para tratar sobre o dano extrapatrimonial. Até então, a legislação trabalhista era omissa em relação ao tema, que contava com a definição doutrinária e regras do Código Civil.

Conforme os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2020, p.655), dano se traduz “na lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”.

Sendo o *staining* prática que fere a dignidade humana, gera os chamados danos extrapatrimoniais ou não patrimoniais, que atingem bens imateriais da vítima; no caso do dano moral, fere diretamente a moralidade de suas vítimas.

O tratamento sobre os danos extrapatrimoniais está contido no Título II-A, no qual prevê suas causas, os bens juridicamente tutelados, os responsáveis, a reparação do dano causado, a possibilidade de cumulação de pedidos, bem como os parâmetros que devem ser utilizados pelo juiz para determinar a quantia que deverá ser paga a título de indenização.

De acordo com o doutrinador Henrique Correia (2021, p. 1.270), “dano extrapatrimonial ou imaterial é conceituado como toda lesão que atinge bens imateriais da pessoa, por exemplo, sua honra, seu nome e dignidade”.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, está previsto que:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

De acordo com o conceito doutrinário e a previsão jurídica sobre o dano extrapatrimonial, compreende-se que o dano extrapatrimonial consiste em lesão gerada a partir de uma ação ou omissão que atinge bens imateriais da pessoa, podendo ser esta física ou jurídica, em sua esfera moral ou existencial, sendo a vítima a titular da pretensão reparatória.

A doutrina trabalhista entende que, ao utilizar o termo “dano extrapatrimonial”, o legislador abarca não somente o dano moral, como também o existencial e o estético, decorrentes da relação de trabalho.

Sendo o *staining* prática que pode decorrer tanto de ação ou omissão do empregador em relação aos empregados, essa prática fere sua moralidade, gerando, então, dano extrapatrimonial, mais precisamente o dano moral, o que fará com que o trabalhador tenha direito à reparação do dano a ele acarretado.

Como já pontuado, as duas espécies de assédio moral possuem suas singularidades. Uma delas está justamente nos sujeitos desse fenômeno, o que será explicado detalhadamente adiante.

2.1 Os sujeitos do *staining*

Em toda relação, mesmo que abusiva, existem as partes que a compõem e que, na maioria das vezes, possuem interesses contrários. Na prática do *staining* não é diferente. Se, de um lado, temos o sujeito ativo - aquele que pratica as ações perversas, o agressor -, do outro, temos os sujeitos passivos - aqueles que sofrem as ações do perverso, as vítimas -, cada um com posição e condições diferentes dentro do contexto organizacional.

Em relação aos sujeitos envolvidos no fenômeno, defende o doutrinador Henrique Correia (2021, p. 1.270) que “podem ser sujeitos passivos do dano moral a pessoa física ou jurídica, cujos bens juridicamente tutelados são elencados de forma exemplificativa nos art.223-C e 223-D da CLT”.

Sendo os sujeitos passivos aqueles que sofrem diretamente a ação ou omissão, pode-se afirmar que em um contexto

organizacional, na prática de *staining*, observa-se repetidamente que as vítimas são um grupo, setor, repartição ou perfil de trabalhadores específicos da empresa, geralmente em posição inferior na estrutura hierárquica.

Diferentemente do assédio moral interpessoal, em que a gestão por psicoterror volta-se somente a um empregado individualizado, no *staining*, ela volta-se a uma coletividade, ou seja, as condutas são perpetradas contra um grupo, setor ou um perfil determinado.

O sujeito ativo, ou seja, aquele que exerce diretamente a ação ou omissão, nem sempre será o empregador. Isso porque em muitas funções, como, por exemplo, operadores de telemarketing e bancários, os empregados recebem ordens de superiores hierárquicos que, apesar de serem representantes da figura do empregador, não o são em pessoa.

Sobre os responsáveis pelo dano extrapatrimonial, dispõe o artigo 223-E:

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Assim, poderá ser responsável pelo dano gerado não somente o empregador, como também toda e qualquer pessoa que contribua para a ocorrência da ofensa, sendo a responsabilização de acordo com a proporção dessa contribuição.

No *staining*, diferentemente do assédio moral interpessoal, no qual o agressor, em suma, são os próprios colegas de trabalho, é comum que o responsável pela gestão por estresse seja um gerente ou chefe de determinado setor ou repartição, um superior hierárquico ou até o empregador diretamente.

Se com a ofensa é possível a violação de um direito, deverá existir a sua devida proteção. A Consolidação das Leis do Trabalho, em harmonia com a Constituição da República Federativa, em seus artigos 223-C e 223-D, dispõe sobre os bens jurídicos que são protegidos.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segre-

do empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Com base nos dispositivos mencionados, conclui-se que, no tocante à proteção de seus direitos, tanto a pessoa física quanto a jurídica receberão a devida tutela, resguardada pela Constituição e reforçada por legislação específica.

Apesar do tratamento conferido ao tema, com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/15), o legislador não foi observado, não estabeleceu conceito para o que entende ser dano extrapatrimonial e nem aos institutos relacionados, tais como assédio, violência e demais, pertinentes ao ambiente de trabalho. Desse modo, além da doutrina trabalhista, a OIT, em 2019 trouxe conceitos propostos em escala universal, como veremos adiante.

3 A relevância da Convenção 190

Durante a comemoração do centenário da Organização Internacional do Trabalho, em 10 de junho de 2019, na cidade de Genebra, Suíça, a importante Convenção 190 foi aprovada, trazendo à baila relevante assunto para o Direito do Trabalho: as formas de eliminação do assédio e da violência no ambiente de trabalho.

A Convenção conta, também, como importante instrumento de resposta para o Movimento Me Too e para a flexibilização e precarização das relações de trabalho. Em tradução para o português, o artigo 1º da Convenção 190 da OIT conceitua o que vem a ser a violência e o assédio no mundo trabalhista, como:

Uma variedade de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças delas, sejam uma única ocorrência ou repetidas, que visam, resultam ou podem resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos, e incluem violência e assédio de gênero (FILHO, 2020, p. 151).

De acordo com Rodolfo Pamplona e Claiz Gunça, ao tratar os institutos conjuntamente, a expressão “violência e assédio”, a Convenção objetivou, além da estruturação de um conceito único, aumentar o seu campo de incidência. O objetivo da Convenção é estabelecer conceito jurídico universal para termos que possuam definições confusas e divergentes.

O tratamento conjunto dos institutos também está relacionado à não existência de conceitos universalmente estabelecidos sobre “violência” e “assédio” no contexto trabalhista. Relacionada ao fenômeno do *staining*, faz-se importante compreender o que é a violência psicológica, principal arma utilizada pelas empresas contaminadas pela prática.

Apesar de tratados conjuntamente, não deixou de distinguir as várias espécies de violências e assédios observados na esfera trabalhista, tais como: violência sexual, assédio sexual, violência física, violência psicológica, assédio moral e outros.

Muito atrelados à prática de *staining*, temos a violência psicológica e o assédio moral como armas para sua concretização. Apesar da reforma da Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei nº 13.467/17, o legislador brasileiro não estabeleceu conceito para o que entende por “assédio” e “violência” no trabalho.

Diante de tal omissão, fica para a doutrina a missão de estruturar conceitos sobre para os institutos. No que se refere à violência psicológica, para os doutrinadores Rodolfo Pamplona e Claiz Gunça (2020, p. 157):

A violência psicológica é a violência não física que humilha e ofende o indivíduo por meio de palavras, gestos, comportamentos e atitudes permeadas de abusos, maus-tratos, isolamentos, perseguições, intimidações, ameaças, constrangimentos e pressões exageradas. Pode atingir tanto a integridade física quanto a integridade psíquica da vítima.

Para eles, no contexto da violência psicológica no trabalho estão inseridas humilhações, agressões, discriminações, gestão por injúria e até mesmo o assédio moral. O assédio moral, por sua vez, para os doutrinadores e como anteriormente citado, é conceituado como:

O assédio moral é a tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras, gestos e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atingem a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador, comprometendo o exercício do labor e, até mesmo, a convivência social e familiar.

Além de trazer o conceito conjunto para os termos, a Convenção, em seu texto final, no artigo 1º, incluiu item que proporcionou às nações ratificadoras a possibilidade de elaborar legislação própria, conceituando a seu modo os institutos.

Apesar de proposta em 10 de junho de 2019, a Convenção 190 prevê sua entrada em vigor somente um ano após a data do depósito das ratificações por pelo menos dois Estados. Os primeiros Estados a ratificarem a Convenção foram Uruguai, em 12 de junho de 2020, e Fiji, em 25 de junho de 2020. Desse modo, a Convenção entrou em vigor internacionalmente em 25 de junho de 2021⁷.

Atualmente, oito Estados a ratificaram, entre eles: Uruguai, Fiji, Namíbia, Argentina, Somália, Equador, Ilhas Maurício e Grécia⁸. Entretanto, apesar de signatário da Convenção 190 da OIT, passados mais de 2 anos de sua propositura, o Brasil não seguiu o exemplo de seus vizinhos latino-americanos e ainda não a ratificou.

Evidentemente, a Convenção 190 não só possui importância ao estabelecer conceito universal sobre os institutos “violência” e “assédio”, mas prima pela erradicação da violência e do assédio inseridos no ambiente de trabalho. Com a crescente onda da prática do *staining* nas estruturas organizacionais brasileiras, torna-se imprescindível sua ratificação para que possua validade o quanto antes no ordenamento jurídico brasileiro.

4 A justa causa para o empregador na prática de *staining*

Com a finalidade de pleno desenvolvimento da atividade empresarial, o empregador está legitimado a exercer sobre seus empregados dois tipos de poder: o poder de controle e o poder disciplinar. Quando o empregador age fiscalizando as tarefas executadas pelos seus empregados, exerce o poder de controle. Já quando age organizando e dinamizando as tarefas e impõe os modos como devem ser executadas, exerce o poder disciplinar.

A relação de emprego é uma obrigação sinalagmática porque impõe obrigações mútuas. Desse modo, as partes possuem deveres a cumprir dentro do contrato firmado. Ao empregado cabe, primordialmente, o dever de prestar os serviços conforme acordado com a outra parte (prestação), e ao empregador, por

⁷ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/91732/entenda-a-mais-nova-convencao-da-oit-em-vigor-internacionalmente-a-c190-sobre-violencia-e-assedio-no-ambiente-de-trabalho>>.

⁸ Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:3999810>.

sua vez, cabe assumir os riscos da atividade desenvolvida e assalariar os que lhe prestam serviço (contraprestação).

Assim, essas relações estão permeadas de bônus, mas não estão livres dos ônus. Quando o empregado entrega menos do que se comprometeu, há grandes chances de gerar danos ao seu empregador. No mesmo sentido, quando o empregador exige além do que contratou de seu empregado, surgem situações que geram onerosidade para o empregado.

É justamente nesse momento, em que uma das partes sofre prejuízos devido a ações ou inações da outra parte, que surge a justa causa. São duas as espécies previstas na legislação trabalhista: a justa causa do empregado e a justa causa do empregador. Ambas as disciplinas pelos artigos 482 e 483, respectivamente, pressupõem que a parte penalizada incorreu em ações que configuram falta grave, ensejando o término antecipado do contrato. Nas duas situações, a dispensa da parte que gera prejuízo ocorre por vontade única e exclusiva da parte prejudicada, seja ela o empregador ou o empregado.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 482, prevê as hipóteses de dispensa do empregado com justa causa. Nessa modalidade, o empregador poderá valer-se de seu direito e efetuar, diante de falta grave cometida, a dispensa de um empregado. Na ocasião de ser dispensado dessa forma, não fará jus à totalidade de suas verbas rescisórias.

Entretanto, a recíproca é verdadeira, ou seja, o empregador também poderá ser “dispensado” por justa causa. A justa causa do empregador, justa causa empresarial, dispensa patronal, dispensa indireta ou rescisão indireta ocorre quando o empregador é quem dá causa para o fim do contrato, cometendo atos gravosos contra o empregado. Neste caso, poderá pleitear a rescisão unilateral de seu contrato de trabalho, como dispõe o artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

Art. 483 O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Assim sendo, de acordo com o artigo supra, o empregado - aquele que presta serviço mediante remuneração a um terceiro que assume os riscos da atividade - poderá considerar encerrado seu contrato de trabalho quando sofrer as ações descritas nas alíneas do artigo e, nesse caso, a sua dispensa vai ocorrer com os efeitos de uma dispensa sem justa causa, na qual receberá, integralmente, todas as parcelas rescisórias que possua direito.

A prática de *staining* é notada nas condutas descritas nas alíneas b e e do artigo 483 da CLT. No tocante à alínea b, poderá o empregado considerar rescindido o contrato quando for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo, como quando um grupo de empregados ou um setor específico dentro de uma empresa sofrem perseguição, punições desarrazoadas, são tratados com intolerância, são discriminados, entre outras.

Em relação à alínea e, poderá o empregado considerar rescindido o contrato quando praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e da boa fama, como quando grupo de empregados ou um setor específico dentro de uma empresa são caluniados, injuriados e difamados.

Ocorrida uma das hipóteses expressas nas alíneas do artigo mencionado ou quando, com base nos conceitos estabelecidos pela doutrina trabalhista ou conforme julgados existentes sobre o *staining*, devido à ofensa de sua dignidade, o trabalhador poderá ajuizar ação para requerer a devida compensação pelos danos extrapatrimoniais por ele experimentados e é justamente sobre isso que será tratado no próximo tópico.

5 As indenizações na Justiça do Trabalho

No Brasil, apesar da Consolidação das Leis Trabalhistas vigorar desde 1943, durante o governo Getúlio Vargas, onde os direitos trabalhistas foram definitivamente inseridos na legisla-

ção brasileira, foi a partir da Constituição da República Federativa de 1988 que esses direitos foram assegurados e passaram a ser compulsoriamente respeitados.

Isso porque um dos fundamentos da Carta Magna, conforme dispõe o inciso IV, do artigo 1º, são os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, além da previsão dos direitos dos trabalhadores resguardados em seu artigo 7º, não parando por aí a tutela dos direitos inerentes ao trabalhador em sede constitucional.

Contudo, havendo transgressão das normas e violação de direitos dos trabalhadores, nasce a obrigação de reparação dos danos causados. A essa obrigação que nasce a partir da violação dos direitos trabalhistas, dá-se o nome de Responsabilidade Civil.

De acordo com os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, pode-se conceituar a responsabilidade civil como “a reparação de danos injustos resultantes da violação de um dever geral de cuidado” (FARIAS, 2020, p. 641).

O Código Civil de 2002⁹ traz, em seu artigo 186, os elementos da responsabilidade civil, quais sejam: conduta, culpa, dano e nexos de causalidade. De acordo com o referido artigo:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim, na prática do *staining*, objeto de análise do presente trabalho, a conduta se dá pela ação direta do sujeito ativo ou omissão frente à ocorrência da prática em sua organização. A culpa nasce quando o sujeito ativo age com falta de diligência ou prudência. O dano gerado é o moral, pois fere a dignidade do trabalhador, e o nexo de causalidade, por sua vez, evidencia-se pela ligação do dano à conduta do agente.

Mesmo que no exercício de um direito, caso o empregador ou qualquer que esteja lhe representando e possua autoridade que extrapole os limites impostos, como exemplo, abusando do poder disciplinar que possui para estipular metas inatingíveis, também estará cometendo ilícito e, em decorrência disso, deverá reparar, como dispõe o artigo 187 também do Código Civil de 2002:

⁹ PLANALTO. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 20.09.2021.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Complementarmente aos artigos 186 e 187, temos o artigo 927 do Código Civil de 2002, que dispõe:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Em relação ao dano experimentado pelo trabalhador, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, V, prevê que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Alinhado ao que anteriormente está disposto, ainda no mesmo artigo da Carta Magna, em seu inciso X, temos que:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A partir da leitura e assimilação dos dispositivos supramencionados, torna-se nítido que, em caso de violação a direitos personalíssimos, tais como a honra e a imagem, estará resguardado ao ofendido direito de atacar aquela ofensa proferida, sendo possível, concomitantemente, a reparação dela.

A tutela desses direitos, além de constitucionalmente prevista, também encontra amparo como já mencionado, na Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 223-C e 223-D, inseridos pela Reforma Trabalhista em 2017.

Quando verificada a necessidade de reparação do dano moral causado, ao determinar a reparação, o juiz deve atentar-

se para três fatores importantes: a relevância do dano acarretado à vítima, as condições econômicas do réu e o caráter pedagógico da pena. Isso porque a reparação possui dupla função: reparatória e penalizante.

Além desses fatores, com a reforma da lei trabalhista, o artigo 223-G prevê também requisitos que devem ser observados pelo juiz, quando da reparação do dano moral.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

Isso se deve ao fato de que, nesse tipo de ação, a compensação solicitada não se restringe única e exclusivamente a reparar o dano, implica também em produzir efeito penalizante ao transgressor com finalidade pedagógica, pela qual se torna possível a coibição da conduta ilícita, fazendo com que ninguém experimente novamente sofrer aquele dano.

5.1 A ilegalidade da tarificação das indenizações em caso de dano extrapatrimonial

Para Aristóteles¹⁰, filósofo grego, “O prazer no trabalho aperfeiçoa a obra”. Transportando o sentido da afirmação para o cenário trabalhista atual, o “tapar os olhos” de muitas organizações frente à problemática instalada em seu contexto organizacional, em decorrência da prática do *staining*, torna difícil concluir que há trabalhadores prazerosos nesse tipo de ambiente de trabalho, minado por condutas abusivas e inescrupulosas.

¹⁰ Aristóteles. Filósofo grego do período clássico, na Grécia antiga, fundador da escola peripatética e do Liceu. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/OTg4OQ/>>. Acesso em 19.09.2021.

É sabido que a Reforma Trabalhista trouxe título novo à Consolidação das Leis do Trabalho, com previsões acerca do dano extrapatrimonial e os parâmetros que devem ser observados quando necessária à sua reparação por meio de indenização aos danos morais gerados.

Era muito esperado que o legislador tratasse sobre o dano extrapatrimonial, implementando previsão legal a respeito. O grande destaque que a prática de assédio moral interpessoal e organizacional vem alcançando nos últimos anos era, até a Reforma, fator concomitante para um aumento nos números de ações movidas para pleitear a devida reparação.

Porém, as expectativas em relação ao tratamento legal do tema foram frustradas devido a um grande problema ocasionado em um dos dispositivos inseridos pela reforma no criado título que trata sobre o dano extrapatrimonial: a tarifação das indenizações em caso de dano extrapatrimonial.

A previsão de tabelamento para reparação das indenizações está contida no §1º e incisos e §2º do artigo 223-G. Segundo os referidos dispositivos:

Art. 223-G (...)

§ 1o Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2o Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1o deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

A tarifação dos danos extrapatrimoniais inseridos no âmbito trabalhista pela Reforma Trabalhista é prática que se evidencia contrária ao princípio do livre convencimento do juiz e ao princípio contido no inciso XXVIII do art. 7º da CF/88, o qual prevê a ampla indenização pelos danos extrapatrimoniais.

O problema em relação à tarifação dos danos extrapatrimoniais não é novidade. A Lei nº 5.250/1967, a Lei da Imprensa,

limitava o Poder Judiciário por meio de tariffação para fixar a indenização dos danos morais devido à violação a direitos personalíssimos, tais como a intimidade, a imagem, a honra e a vida privada.

Em apreciação da constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a Constituição da República conferiu tratamento especial à reparação dos danos morais nos incisos V e X do artigo 5º e estabeleceu que a indenização para esse tipo de dano deve ser a mais ampla possível. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em entendimento contido na Súmula 281, expressa que: “A indenização por dano moral não está sujeita à tariffação prevista na Lei da Imprensa”.

Mesmo com o precedente da Lei da Imprensa, a Reforma Trabalhista ousou apostar na tariffação como forma de estabelecer o cálculo dos danos extrapatrimoniais. Ademais, utilizou como base para o cálculo o salário contratual do trabalhador. Evidentemente, esse parâmetro gera discriminação entre os trabalhadores, tendo em vista ser o critério muito objetivo.

O trabalhador que receber menos que outro e ambos forem submetidos ao mesmo dano receberá um valor indenizatório menor, somente pelo fato de possuir um salário menor que o outro. Não há preocupação com a intensidade e proporção da lesão que foram geradas.

Apesar de sofrer alterações em decorrência da Medida Provisória nº 808/2017 - a qual estabeleceu a alteração do parâmetro para o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social - e por mais que tal medida trouxesse melhorias para os trabalhadores com salários menores, resolvendo a discriminação, ainda sim manteve a limitação das indenizações, sem considerar a subjetividade de cada situação.

Devido à sua provisoriedade e à não conversão da Medida Provisória em lei, as inconsistências retornaram e, com elas, as injustiças relacionadas à reparação dos danos extrapatrimoniais.

Apesar de ser válido a Reforma Trabalhista estabelecer previsão legal para o dano extrapatrimonial, trazendo título próprio para tratar a respeito dele, não se preocupou em garantir critérios razoáveis, proporcionais, justos e suficientes para assegurar a reparação dos danos morais.

Pelo contrário, os parâmetros duvidosos, desarrazoados e injustos mostram-se inconstitucionais, pois não respeitam a norma superior hierarquicamente que norteia todo o ordenamento jurídico. Em razão da explícita inconstitucionalidade presente no dispositivo 223-G, incisos I, II, III e IV do §1º da Consolidação

das Leis do Trabalho, a Associação Nacional dos Magistrados - ANAMATRA, fazendo jus ao papel de legitimado, conforme dispõe o inciso IX, artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade.¹¹

A ADI baseia-se na contradição do dispositivo legal implementado pela Reforma Trabalhista, com os princípios e valores constitucionais e internacionais em relação aos direitos humanos e laborais, no que toca à não discriminação e promoção da igualdade, conforme disposto no decorrer da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como em tratados internacionais, como o Pacto San José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Frente ao impasse existente e sabendo que a Constituição está no topo de todo o ordenamento jurídico, não há outro caminho para sanar tal afronta senão aguardar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal repita o mesmo posicionamento que tomou quando da decretação da inconstitucionalidade da tarifação dos danos morais pela Lei nº 5.250/1967, Lei da Imprensa. Somente com um julgamento nesse sentido, o Judiciário não estará mais engessado e se assegurará a dupla função das indenizações; a reparação do dano gerada à vítima, bem como a penalização do infrator, que servirá de exemplo para toda a comunidade empresarial.

5.2 Jurisprudências

Ao Poder Judiciário, cabem a interpretação das leis e o julgamento dos litígios. Devido aos danos gerados pela destrutiva prática do *staining*, o Judiciário atua no sentido de estabelecer acordo entre as partes conflitantes.

Ao julgar os litígios e verificada a necessidade de reparação do dano causado, o juiz deverá atuar conforme a legislação vigente, neste caso, com base nas normas trazidas pela Reforma Trabalhista, as quais, apesar de manifestamente inconstitucionais, devem ser seguidas pois vinculam todo o Poder Judiciário.

¹¹ Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho e sua reparação. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. 25.09. 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/27005-danos-extrapatrimoniais-no-direito-do-trabalho-e-sua-reparacao>>. Acesso em 05.10.2021.

As práticas abusivas que ocorrem na prática de *staining*, como já visto, estão presentes, principalmente, em setores ou repartições dentro das empresas que lidam com as vendas de produtos e serviços. Nesses locais, há estipulação de metas a serem alcançadas pelos trabalhadores, nos mais variados ramos, como vendas, telemarketing e bancos.

O acórdão proferido em agravo de instrumento pelos ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, expressa claramente a prática de *staining* na WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL, de nome fantasia WALMART e que passou a adotar como novo nome fantasia 'BIG', a partir de 2019.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO A ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. CHEERS. CÂNTICOS E DANÇAS MOTIVACIONAIS OBRIGATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DE LESÃO À HONRA E À DIGNIDADE DOS EMPREGADOS. TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA NÃO RECONHECIDA. 1. Cuida-se de controvérsia acerca do reconhecimento da ocorrência de **danos à honra e à dignidade da reclamante, tendo em vista a exposição desta a situação constrangedora e humilhante, ensejada por ato da empresa que obriga seus empregados a participarem de reuniões motivacionais em que os obreiros são compelidos a bater palmas e a entoar cânticos de exaltação à empresa.** 2. Constatado o preenchimento dos demais requisitos processuais de admissibilidade, o exame do Recurso de Revista sob o prisma do pressuposto de transcendência revelou que: a) não demonstrada a transcendência política da causa, na medida em que o acórdão recorrido revela consonância com a atual, notória e iterativa jurisprudência deste Tribunal Superior; b) não se verifica a transcendência jurídica , visto que ausentes indícios da existência de questão nova acerca da controvérsia ora submetida a exame, mormente diante da iterativa e notória jurisprudência desta Corte superior, a obstaculizar a pretensão recursal; c) não identificada a transcendência social da causa, uma vez que não se cuida de pretensão recursal formulada em face de suposta supressão ou limitação de direitos sociais assegurados na legislação pátria; e d) não há falar em

transcendência econômica, pois o valor arbitrado à condenação não se revela elevado ou desproporcional ao pedido formulado e deferido na instância ordinária. 3. Configurado o óbice relativo ao não reconhecimento da transcendência da causa quanto ao tema sob exame, resulta inviável o processamento do Recurso de Revista, no particular. 4. Agravo de Instrumento não provido. (AIRR-21677-17.2016.5.04.0252, 6ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Correa, DEJT 08/10/2021).

A autora da ação e os demais colegas de trabalho, empregados da empresa, eram obrigados a entoar o cântico “cheers”, dançar, bater palmas e rebolar, durante as reuniões realizadas com o intuito de “motivar” a equipe.

De acordo com os ministros, em relação à violação à dignidade dos empregados: “O dano ocorre *in re ipsa*, ou seja, o dano moral é consequência do próprio fato ofensivo, de modo que, comprovado o evento lesivo, tem-se, como consequência lógica, a configuração de dano moral, exurgindo a obrigação de pagar indenização, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal”. Isso porque a dor, a angústia, o sofrimento, a tristeza e o abalo psicológico proporcionados aos empregados são de natureza extrapatrimonial, o que impossibilita sua demonstração em juízo e, diferentemente dos danos materiais, não são suscetíveis de prova.

Também foram elencadas ementas das decisões proferidas nos processos: RR-391-43.2012.5.09.0006, RR-606-83.2014.5.04.0104, RR-20275-29.2014.5.04.0523, AIRR-1253-17.2011.5.06.0011, AIRR-1744-83.2014.5.19.0002, RR-20324-88.2013.5.04.0011, RR-1737-29.2012.5.09.0006 e RR-1623-58.2014.5.19.0001, julgados pela Corte Superior, onde o objeto da ação era justamente tal prática motivacional adotada pela reclamada.

Na decisão proferida pelo juiz de 1º grau, não foi reconhecido o direito da autora à indenização dos danos morais sofridos, sob argumento de que a empresa já havia interrompido a prática abusiva. Em recurso ordinário, foi reconhecido o direito à autora, pois, apesar de terem sido interrompidas as práticas, ela fazia parte do quadro de empregados da empresa quando esta se utilizava da realização da prática. Foi concedida indenização no valor de R\$ 5.000,00 a título de reparação, pois, diferentemente das condenações pretéritas, quando o valor arbitrado era de R\$ 15.000,00, tendo em vista o abandono da prática

pela empresa, confirmando o alcance do caráter penalizante das condenações sofridas.

Os ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho proferiram acórdão onde a ré, SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA, utilizava-se também da prática de *staining* em sua organização.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISITA - DESCABIMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL. CONFIGURAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. 1. O Colegiado Regional constatou a existência de tratamento abusivo e vexatório, praticado pelo superior hierárquico em relação aos subordinados, incluindo o reclamante. O dano moral prescinde, para sua configuração, de prova, bastando, para que surja o dever de indenizar, a demonstração do fato objetivo que revele a violação do direito de personalidade. 2. A indenização por dano moral guarda conteúdo de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do autor do ilícito e da vítima, além de aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade. Agravo de instrumento conhecido e desprovido” (AIRR-702-12.2019.5.11.0013, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 23/10/2020).

Evidencia-se a prática de *staining* por meio de tratamento abusivo e vexatório dos subordinados. O Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, com base no conjunto probatório constante nos autos, e, especialmente, a prova testemunhal produzida, concluiu “que restou demonstrada a forma grosseira e abusiva com que o superior hierárquico tratava seus subordinados, incluindo o reclamante, chegando a proferir gritos e xingamentos, em situação constrangedora e humilhante aos empregados”.

A prática de *staining*, como já dito, é muito presente em empresas que desenvolvem atividades de vendas de produtos ou serviços e atendimento aos clientes por meio de operadores de telemarketing. Essa profissão é uma das que mais sofrem com

as práticas abusivas. No acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, onde figura como ré a TELEFÔNICA BRASIL S.A, vislumbra-se exatamente essa situação.

“AGRAVO DA RECLAMANTE. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. PROVIMENTO DO RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. PIV (PRÊMIO DE INCENTIVO VARIÁVEL). CONTROLE DE PRODUTIVIDADE. ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO EXORBITANTE. TRANSCENDÊNCIA RECONHECIDA. READEQUAÇÃO. PARÂMETROS DE JULGADOS DESTES TST NA MESMA MATÉRIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Impõe-se confirmar a decisão agravada, mediante a qual, demonstrada a transcendência política da matéria face à **dissonância do acórdão regional recorrido quanto ao valor da indenização por danos morais arbitrado, em cotejo com julgados deste TST na mesma situação, reclamada e região trabalhista**, mantém-se a readequação do valor da indenização por danos morais, reduzindo-o de R\$ 20.000,00 para R\$ 5.000,00, em atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 944 do CCB), tal como já balizado por este TST. Agravo conhecido e não provido” (Ag-RRAg-1977-14.2017.5.09.0662, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 17/02/2021).

Trata-se de agravo interno da reclamante em face da decisão monocrática, em que houve a diminuição do valor da indenização pelos danos morais devido à prática de assédio organizacional. O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região assentou que, “caracterizado o assédio moral organizacional, resultante do método de gestão empresarial adotado pela ré, por meio de um sistema de pressão mútua e constrangimento entre os empregados da empresa” e que “as pausas interferiam na remuneração e na do superior (gestor), e, também, que havia fiscalização do tempo gasto, inclusive com a previsão de aplicação de penalidade quando reputadas excessivas, o que evidencia um controle, no mínimo, indireto, do uso do banheiro”.

Assim, foi arbitrado o valor de R\$ 20.000,00 a título de indenizações por danos morais. A reclamada recorreu e a decisão fora mantida, fazendo com que esta agravasse da decisão recor-

rida. Em decisão proferida monocraticamente em sede de agravo de instrumento, a indenização foi novamente arbitrada e reduzida para R\$ 5.000,00.

A decisão se fundamenta no fato de que o valor fixado pelo TRT se evidencia excessivo, em relação aos processos: ARR-287800-52.2006.5.09.0663, ARR-109-03.2015.5.09.0005, RR-45900-80.2007.5.01.0010, ARR-182400-16.2013.5.13.0009, nos quais os valores indenizatórios possuem uma média de R\$ 3.750,00. Em todos os casos, figura a mesma situação, a mesma reclamada e a mesma região trabalhista.

Diante disso, apesar de toda a violação de direitos sofrida pela autora por mais de quatro anos e meio, de fevereiro de 2013 até outubro de 2017, a indenização imposta não se mostra suficiente, visto que não cumpre seu caráter penalizante, pois a reincidência da empresa mostra que ela não aprendeu com os próprios erros.

Conclusão

O desleixo para com as situações abusivas vivenciadas jornada após jornada pelos trabalhadores gera perdas que não se resumem ao financeiro empresarial. Impacta de tal forma que resulta em danos diretamente à autoestima e ao adoecimento dos trabalhadores, além de, nos casos mais graves, perda de mão de obra, o que, consequentemente, impacta em maior onerosidade aos cofres públicos, devido a aposentadorias precoces.

As práticas perversas, sejam elas presentes no assédio interpessoal, sejam no assédio organizacional, além de todo o ônus acarretado às empresas, em relação à assiduidade e ao rendimento de seus trabalhadores, causando menor lucratividade, também impactam em afastamentos precoces de trabalhadores do mercado de trabalho, quando as condutas perversas se mostram tão intensas, incapacitando milhares de trabalhadores.

Para desenvolver suas atividades com êxito, é importante que o empregador compreenda a grande importância do empregado para tal, agindo de maneira respeitosa, além de honrar com sua obrigação em manter um ambiente de trabalho seguro e saudável para todos que nele desenvolvem suas atividades. Além disso, a melhor forma para combater o assédio moral no ambiente de trabalho é a prevenção. Esse objetivo pode ser facilmente alcançado através da conscientização de empregadores e empregados acerca do fenômeno, antes que o caso seja encaminhado ao Judiciário.

Ademais, sendo o empregador responsável pelos riscos relacionados ao desenvolvimento da atividade empresarial, deve, para isentar-se de pagamentos posteriores devido a dano moral por práticas de assédio moral em suas variadas modalidades, cuidar para que todos os seus subordinados que chefiam e coordenam as atividades desenvolvidas pelos demais trabalhadores, em seus mais variados setores e repartições, sejam pessoas, assim como ele, que respeitam não só a individualidade, mas também a coletividade de trabalhadores que contribuem para o desenvolvimento das atividades empresariais.

Isso porque, sem o fator humano, não há produção e mesmo em um mundo onde a produção é cada vez mais automatizada, é incontestável que a dependência da contribuição humana é realidade, mesmo em um modelo de produção permeado pela flexibilização, automação e implementação de recursos tecnológicos disponíveis.

A presença ostensiva dos sindicatos na defesa e na proteção dos direitos dos trabalhadores em todas as fases do contrato trabalhista é primordial para evitar que as violações ocorram. Deve haver fiscalização e observância em relação ao cumprimento dos contratos, bem como dos direitos dos trabalhadores. O encorajamento para que as vítimas de violência psicológica denunciem e busquem a devida reparação também é essencial.

É imprescindível que, constatada a violação de direitos dos trabalhadores em decorrência da prática de *staining*, bem como nas demais situações degradantes, os responsáveis sejam responsabilizados por seus atos. Porém, para que essa responsabilização surta o efeito esperado, qual seja, indenização pelos danos gerados, assim como conferir caráter pedagógico por meio da penalização dos transgressores, é preciso que os parâmetros utilizados para o arbitramento das indenizações sejam não somente válidos como também justos.

Desse modo, é necessário que se respeite a subjetividade de cada trabalhador vítima de práticas abusivas, tal como no *staining*, em que situações de vexação, desrespeito, gozação e terror psicológico, que geram dor, sofrimento, angústia e traumas, sejam ponderadas.

Assim sendo, os critérios de indenização por danos extrapatrimoniais se mostram, além de objetivos em demasia, contrários a preceitos constitucionais, onde a limitação do Poder Judiciário e de seu livre convencimento não só se revela evidente, como também repugnante.

A decretação de inconstitucionalidade da tarificação das indenizações dos danos extrapatrimoniais é necessária não só para garantir ao trabalhador ampla reparação pelos danos experimentados, mas também para que a sociedade não retorne aos tempos em que as lamúrias dos trabalhadores não eram ouvidas. Os parâmetros trazidos pelo artigo 223-G devem ser utilizados como critério para orientação dos magistrados e não como critérios limitadores da decisão dele.

Entretanto, somente com um ambiente de trabalho seguro, saudável, prazeroso e que assegure seus direitos como pessoa, os trabalhadores terão confiança em desenvolver suas atividades, e a frase de Aristóteles finalmente se aplicará no cenário trabalhista, pois, com atenção a esses requisitos importantíssimos, haverá prazer no que se está executando e, como consequência, a obra se aperfeiçoará.

Referências

- ARAÚJO, Adriana Reis. **Assédio moral organizacional**. São Paulo, 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/7054/1/dissertacao.pdf>. Acesso em 25.09.2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3ª Turma). **Agravo de Instrumento, 702-12.2019.5.11.0013**. Recorrente: Samsung Eletrônica da Amazônia LTDA. Recorrido: Glaucio Cordeiro Santos. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DEJT 21 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/f91ef1cf8c96b6d34fa649077ea67088> Acesso em: 24.10.2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (6ª Turma). **Agravo de Instrumento, 21677-17.2016.5.04.0252**. Recorrente: WMS Supermercados do Brasil LTDA. Recorrida: Alexandra Cavalheiro Scortegagna. Relator: Ministro Lelio Bentes Correa, DEJT 06 de outubro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/90d2fcd30609831f8d4b6aa078a02cda>. Acesso em: 28.10.2021.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3ª Turma). **Agravo Inter-no, 1977-14.2017.5.09.0662**. Recorrente: Débora Leal. Recorrido: Telefônica Brasil S.A. Relator: Ministro Ministro Hugo Carlos Scheuermann. DEJT 10 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/36bab6fb34878b21b5df0560a29fbf72>. Acesso em: 29.10.2021.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho. Coleção Tribunais e MPU**. Salvador, 2021. 13. ed. Salvador, JusPODIVM.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 5. ed. rev., ampl. e atual, Salvador, 2020, JusPODIVM.

FILHO, Rodolfo Pamplona e SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Assédio moral organizacional: presente e virtual**. São Paulo, Saraiva, 2020. Disponível em: Minha Biblioteca. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590913/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcapa.xhtml%5D!/4/2/2%5Bbfc8d1a6-9c5d-4b9c-c1d8-63d5923f5d7a%5D%4025:1>

GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea P., Organizadoras. **Assédio Moral Interpessoal e Organizacional: um enfoque interdisciplinar**. São Paulo, LTr, 2009. Disponível em: <https://docplayer.com.br/3475766-Assedio-moral-interpessoal-e-organizacional.html>. Acesso em 06.10.2021

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no ambiente de trabalho**. São Paulo, São Paulo, 2008. 3. ed. São Paulo, LTr, 2008.

MISSA, Élisson. **Processo do Trabalho. Coleção Tribunais e MPU**. Salvador, Bahia, 2021. 9. ed. Salvador, JusPODIVM.

PLANALTO. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/

I10406compilada.htm. Acesso em 20.09.2021.

PLANALTO. **Consolidação das Leis do Trabalho de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 20.09.2021.

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20.09.2021.

REVISTA DA ESCOLA NACIONAL DA INSPEÇÃO DO TRABALHO. 2. ed. 2018. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php/RevistaEnit/issue/view/2/Revista%20Completa%20https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php/RevistaEnit/issue/view/2/Revista%20Completa%20>. Acesso em 23.10.2021

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA. 21. ed. 2013. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/edicao-21/>

SÚMULA 281, STJ. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/1926/Sumulas_e_enunciados#:~:text=S%C3%9AMULA%20281%20%2D,PREVISTA%20NA%20LEI%20DE%20IMPRESSA. Acesso em 20.10.2021.

Disponível em: <https://cfa.org.br/as-outras-revolucoes-industriais/>. Acesso em 14.10.2021

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91732/entenda-a-mais-nova-convencao-da-oit-em-vigor-internacionalmente-a-c190-sobre-violencia-e-assedio-no-ambiente-de-trabalho> Acesso em 09.09.2021

Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/27005-danos-extra-patrimoniais-no-direito-do-trabalho-e-sua-reparacao>. Acesso em 05.10.2021.

Disponível em: <https://www.diferenca.com/taylorismo-fordismo-e-toyotismo/>. Acesso em 14.10.2021

Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:3999810. Acesso em 25.10.2021.

Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/OTg4OQ/>. Acesso em 19.09.2021.

As repercussões da pandemia da Covid-19 no que concerne às novas condutas trabalhistas em contraste com os direitos à dignidade humana e à saúde

Anna Clara Corrêa Condessa

*Acadêmica de Direito no Centro Universitário
Newton Paiva de Belo Horizonte/MG*

Daniela Lage Mejia Zapata

*Professora
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG
Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG
Especialista em Direito do Trabalho e
Previdenciário pelo CAD/GAMA FILHO
Membro da AMAT
Membro da Comissão de Direitos Sociais e
Trabalhistas da OAB/MG
Advogada*

RESUMO

O presente artigo abordou os recentes acontecimentos da pandemia da Covid-19, ocasionada pela disseminação do vírus SARS-CoV-2, e as consequentes repercussões da crise sanitária, que abrangem o estado de calamidade pública, as medidas instauradas para o enfrentamento do coronavírus e os vastos impactos sociais derivados. Nesse sentido, restou demonstrado que a superação da pandemia deve apoiar-se nos direitos e nas garantias fundamentais, haja vista que os alicerces do Estado Democrático de Direito são essenciais para assegurar que a população possa se restabelecer fortemente e em tempo hábil. Entretanto, por se tratar de uma temática em desenvolvimento, assegura-se a impossibilidade de prever todas as consequências que ainda podem sobressair com o término da pandemia ou determinar o rumo das resoluções que vão evoluir para superar os impactos da pandemia.

Palavras-chave: Covid-19. Direitos e garantias fundamentais. Direito trabalhista. Impactos sociais.

ABSTRACT

The following article approached some of the most recent events of the Covid-19 pandemic, caused by the spread of the SARS-CoV-2 virus, and the repercussions of the health emergency, which include the current state of public calamity, the measures taken to fight the coronavirus and the vast social impacts derived. Furthermore, it was demonstrated that overcoming the pandemic must be supported by fundamental rights and guarantees, given that the foundations of the Democratic Rule of Law are essential to ensure that the population can recover strongly and in a timely manner. However, as this is a topic under development, it is ensured that it is impossible to foresee all the consequences that may still emerge with the end of the pandemic or determine the direction of the resolutions that will evolve to overcome the impacts of the pandemic.

Keywords: Covid-19. Fundamental rights. Labor law. Social impacts.

Introdução

O mundo suporta, desde o início de 2020, as consequências da disseminação, em esfera planetária, de uma doença ocasionada pelo vírus SARS-CoV-2 ou, como ficou popularmente conhecido, Covid-19.

A doença respiratória, que teve o primeiro caso registrado em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, na China, alastrou-se rapidamente, conduzindo a OMS - Organização Mundial de Saúde - a determinar que a doença representava uma Emergência de Saúde Pública em Âmbito Internacional e, logo após, a declarar a pandemia, em março de 2020.

Os sintomas da doença viral são, em sua maioria, comuns, podendo ser confundidos com um resfriado, uma gripe ou um simples mal-estar. Contudo, o desenvolvimento mais grave da doença pode deixar consideráveis sequelas ou ocasionar a morte do afetado. Por isso, e pelo alto índice de transmissão, o pânico em massa instaurou-se rapidamente na população mundial.

Mas, com o tempo, o grave temor ultrapassou as consequências da doença e atingiu, também, as incertezas reser-

vadas para o futuro pós-pandemia. Isso porque as medidas restritivas impostas para superação da crise sanitária promovem graves consequências nos âmbitos econômico, educacional, cultural, administrativo e jurídico. E essa análise não se limita ao Brasil, mas abrange a maioria dos países do globo.

Nesse sentido, as recentes adversidades serão responsáveis por dimensionar novas maneiras de experimentar o mundo, abrangendo não somente novas culturas e novas dinâmicas sociais, mas, também, os novos ordenamentos jurídicos, capazes de efetivarem as necessidades contemporâneas.

Com isso, a população brasileira experimenta, desde 2020, a ocorrência de novas determinações jurídicas, embasadas na superação da crise sanitária e de seus impactos sociais. Ao mesmo passo que busca a garantia de seus direitos fundamentais e da dignidade mínima da pessoa humana, ante a incidência do desequilíbrio global.

O presente estudo busca, por intermédio de pesquisas históricas e análises dos estudos, anúncios e comunicados recentes, compreender como a crise sanitária elevou-se para uma crise mundial generalizada. Além disso, investigar, com o suporte da doutrina e da jurisprudência, como os direitos da personalidade atuam na garantia da dignidade da pessoa humana e como ambas as prerrogativas devem ser amplamente consideradas no enfrentamento da pandemia. Por fim, empenha-se em assimilar as soluções abordadas pelo governo brasileiro para superação da emergência de saúde pública instaurada e como elas afetam, na prática, a população do país, a curto e longo prazo.

1 Histórico sobre o coronavírus e as pandemias

Sabe-se que o Coronavírus faz parte de uma família de vírus com 7 diferentes tipos conhecidos até o momento, entre os quais, percebe-se a possibilidade de infecção entre humanos e animais. Considerando que tais vírus estão relacionados às infecções respiratórias, sabe-se que podem gerar sintomas de cunho leve, equivalente aos resfriados comuns, ou graves síndromes respiratórias.

Nota-se que, desde a sua descoberta, em meados da década de 1960, até 2002 o coronavírus era considerado um patógeno de ínfima relevância, haja vista que se relacionava apenas a leves resfriados. Contudo, em 2002 restou descoberto, na China, um vírus respiratório letal que ocasionou um surto global da síndrome conhecida como SARS - ou *Severe Acute Respiratory*

Syndrome - que, em tradução literal, significa síndrome respiratória severa aguda, inspirando o nome do vírus - Sars-CoV. Estima-se que o Sars-CoV tenha provocado uma média de 8 mil casos e levado a, aproximadamente, 800 óbitos, até ser controlada em 2003, sendo considerada erradicada, ante a ausência de novos casos.

Após, com a descoberta de novos tipos de coronavírus de ordem leve, sabe-se que foi possível uma ampliação nas pesquisas e descobertas de tais espécies virais, mesmo que o vírus não viesse a se tornar um problema novamente até o ano de 2012, quando uma nova variante surgiu na Arábia Saudita apresentando manifestações clínicas semelhantes a Sars-CoV, com um maior contingente de óbitos. Tendo em vista a localização dos primeiros casos, a doença ficou mundialmente conhecida como MERS-CoV, isto é *Middle East Respiratory Syndrome* - Síndrome Respiratória do Oriente Médio, relacionada ao Coronavírus. Entende-se que, não obstante a taxa aproximada de 30% de mortalidade para quem contrai o vírus em questão, por não ter atingido níveis globais, a doença não ocasionou maiores tumultos, e a espécie ainda oferece risco concreto.

Nesse sentido, até a ocorrência da nova espécie do coronavírus em 2019, o mundo não havia percebido as problemáticas e as consequências do coronavírus em escala mundial e de ordem definitiva, como estabelecidas pela atual pandemia. Entende-se que o termo "pandemia" aduz a disseminação de uma doença em nível global, de tal sorte que acaba por atingir todo o planeta, ao invés de restringir-se a determinada localidade - epidemia.

Por isso, na tentativa de dar sentido aos recentes acontecimentos, faz-se necessária uma breve análise acerca das demais situações em que restou instaurada uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. São exemplos de recentes registros a pandemia do H1N1 em 2009, o surto de Ebola em 2014 e o vírus zika em 2016.

Em que pese cada uma dessas emergências tenha originado e progredido de maneiras distintas, todas foram de suma importância para alertar as entidades mundiais sobre a necessidade de um preparo antecipado e vigilância constante para as emergências de doenças infecciosas, de tal sorte que todos os Estados-membros da OMS são vinculados juridicamente ao Regulamento Sanitário Internacional - RSI - que ajuda a sociedade a se prevenir e enfrentar possíveis ameaças internacionais de saúde pública.

Porém, as experiências e técnicas sanitárias adquiridas, tampouco os procedimentos da OMS para a defesa da segurança pública internacional não são suficientes para estabelecer e garantir a organização nacional frente a uma pandemia. Os critérios práticos e jurídicos para enfrentamento de tal problemática surgem à medida que a pandemia se alastra e, por isso, devem ser abordados com cautela e acompanhados de relevantes investigações ao passado, sempre em atenção às diretrizes constitucionais.

2 Direitos da personalidade

Cuida-se de um conjunto de direitos que tutelam as propriedades essenciais da pessoa, sem os quais o indivíduo não alcançaria a dignidade e não seria capaz de realizar plenamente a sua personalidade, isto é, são direitos que buscam proteger efetivamente o indivíduo, guardando aquilo que lhe é essencial, a dignidade humana. Assim, não existe hierarquia entre os direitos da personalidade e, ainda, verifica-se a existência de características especiais em sua configuração, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 68).

São inatos e absolutos, haja vista que surgem com o indivíduo e emitem efeitos em todos os campos, obrigando a coletividade. São imprescritíveis, pela inexistência de prazo para o seu exercício, ou seja, não caducam e não perdem a validade ante o desuso; contudo, importante ressaltar que tal imprescritibilidade aduz, apenas, o lapso para o alcance ou perda do direito e, na hipótese de violação ao direito, existe prazo, ao titular do direito violado, para buscar a pretensão da reparação - que, sem pormenores, declara o período de três anos, a partir da transgressão. São, também, vitalícios, acompanhando o indivíduo até a sua morte, ou além, a depender do direito e do caso concreto. E são, ainda, indisponíveis, não podendo a pessoa alterar o titular do direito, abrangendo, assim, a intransmissibilidade, que é nada senão a inalienabilidade do grupo de direitos e a irrenunciabilidade, ou a simples impossibilidade do indivíduo de renunciar os direitos.

Anota-se que os direitos da personalidade protegem os caracteres próprios e essenciais da pessoa, que não se restringe à pessoa física, mas abrange, ainda, a pessoa jurídica, conforme Súmula 227 do STJ e art. 52 do CC/02. E, embora não reduza o seu significado a isso, no cenário dos direitos privados, é responsável por fundamentar a monetização da reparação em hipóte-

se de violação de direitos, isto é, apenas na constância de transgressão de algum dos direitos da personalidade, cabe a reparação financeira por danos morais, a indenização.

Percebe-se que os direitos da personalidade são essenciais para tutelar o homem dos próprios feitos humanos e, por isso, novas demandas humanas justificam, sempre, a identificação de novos direitos da personalidade, aumentando o rol atual, compreendido no Código Civil de 2002. De tal sorte que o catálogo de direitos da personalidade é um rol exemplificativo, aduzido pelos arts. 11 a 21 do CC/02, além da extensa proteção oferecida pela Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, sem a intenção de taxá-los, mas com o intuito de relacioná-los, entende-se que os direitos da personalidade organizam-se nas seguintes categorias de proteção, conforme Tartuce (2021, p. 163):

- a) Vida e integridade físico-psíquica;
- b) Nome da pessoa natural ou jurídica;
- c) Imagem, classificada em imagem-retrato - reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém - e imagem-atributo - soma de qualificações de alguém ou repercussão social da imagem;
- d) Honra, com repercussões físico-psíquicas, subclassificada em honra subjetiva (autoestima) e honra objetiva (repercussão social da honra);
- e) Intimidade, sendo certo que a vida privada da pessoa natural é inviolável.

Considerando que tal divisão honra a doutrina de Rubens Limongi França (1996, p. 939-940), que subdivide os direitos da personalidade em três classes, a dizer, aquela que se relaciona com o direito à integridade física - acolhendo, portanto, o direito à vida e ao corpo, seja vivo ou morto - , a que concerne o direito à integridade intelectual -aduzindo a liberdade de pensamento e os direitos autorais - e, por fim, o que toca o direito à integridade moral - e compete à imagem, à identidade pessoal, social e familiar, à honra, ao segredo, e às liberdades política e civil.

Dessarte, passa-se à análise de certos direitos da personalidade que merecem destaque durante o enfrentamento da pandemia da Covid-19.

2.1 Direito à dignidade humana

Documentadamente, a dignidade humana não foi sempre um direito garantido a todo e qualquer ser humano, bastando

uma simples análise histórica para tal apreensão. Isto é, a noção de que todos os seres humanos seriam, igualmente, merecedores de proteções jurídicas é, relativamente, recente.

Anota-se que, diversas vezes, no passado, certas parcelas da sociedade eram consideradas superiores às demais, acarretando uma hierarquia entre os indivíduos que, em resumo, nutria certos merecedores de proteções fundamentais e reduzia o restante à mera condição de objeto.

Manifestos acontecimentos mundiais comprovam as alegações citadas anteriormente, a dizer, as extensas e divergentes mobilizações históricas acerca da escravatura - outrora legalizada, seja aquela decorrente de dívida, de colonização ou de conquista de um povo sobre o outro, bem como os movimentos nazistas e fascistas e determinadas ditaduras ao redor do mundo.

Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial, conforme esclarece o doutrinador Marcelo Novelino (2016, p. 251), como forma de reflexo às práticas sucedidas durante o nazismo e o fascismo, fez-se despertar a consciência acerca da necessidade de proteção da pessoa, aumentando, significativamente, a proteção da dignidade da pessoa humana em diferentes declarações universais de direitos humanos e constituições.

Nesse diapasão, ante a Constituição da República de 1988, o direito à dignidade humana restou consagrado perante o inciso III do art. 1º, configurando um lugar de predominância entre os fundamentos da República brasileira.

Anota-se que a pretensão da garantia da vida digna para todos ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, e não se resume à posição de direito, mas, nas palavras de Marcelo Novelino (2016, p. 252), é “uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito”. E, por isso, a dignidade humana é absoluta e não admite hierarquia nem gradações.

Por todo o exposto, assevera-se que a declaração jurídica da importância do direito da dignidade humana, por si só, deduz defesa aos direitos de ordem personalíssima. Consoante entendimento do doutrinador Elimar Szaniawski (2005, p. 137), a proteção à dignidade humana constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, garantindo o avanço livre da personalidade da pessoa humana, haja vista que tal princípio deve ser norteador de todo o ordenamento jurídico e é alicerce da tutela da personalidade humana.

Em breve resumo, é verossímil garantir que assegurar os direitos da personalidade somente torna-se viável ante a proteção do

princípio da dignidade da pessoa humana. E ambos os preceitos são de suma importância para garantir a conquista da vida digna de cada ser humano, em especial, por meio do trabalho honrado.

2.2 Direito à saúde

Em consonância com a Constituição da República, em seu 6º artigo, a saúde é um direito social, amplamente classificado pela doutrina como um direito de segunda geração, que demanda do poder público direitos prestacionais, isto é, prestações positivas, na maioria das situações. Assim, nas palavras do doutrinador Marcelo Novelino (2016, p. 459):

A implementação de tais direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna.

Com isso, a CR/88 garante que a saúde é direito de todos e dever do Estado, nos termos do art. 196, *in versus*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desse modo, o direito à Saúde é, além de uma garantia fundamental, um direito da personalidade, tendo em vista que, entre os principais direitos personalíssimos encontra-se o direito à vida, o qual se associa à existência física do ser humano, mas, também, com o direito de dispor de uma vida digna, os quais não são possíveis sem o acesso adequado à saúde.

Vale ressaltar que o direito à saúde não encontra limite na saúde física, mas estende-se ao âmbito do bem-estar mental, do amplo desenvolvimento emocional e intelectual e à integridade psíquica, e todos esses aspectos da saúde configuram direito fundamental do cidadão, conforme elucidado na Cartilha dos Direitos à Saúde Mental, formulados pelo Ministério Público Federal e pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

Por conclusão óbvia, a pandemia da Covid-19 apresenta diversas problemáticas próprias à saúde pública, impactando, sig-

nificativamente, os sistemas de saúde em nível mundial e, conseqüentemente, a garantia ao direito à saúde em âmbito nacional.

Nesse sentido, a pandemia atingiu diretamente o sistema de saúde brasileiro, com destaques como a superlotação das clínicas, unidades básicas de saúde e hospitais, gerando o esgotamento de itens sanitários essenciais para o atendimento seguro e de qualidade, a saúde mental esgotada dos indivíduos em época de isolamento, além da dificuldade de sustentação financeira do sistema da saúde superlotado e da urgência em se alcançar vacinas e medicamentos eficazes para superação do vírus da Covid-19.

Por isso, em tempos de pandemia, foi possível observar que o acesso à saúde restou limitado, em decorrência da saturação dos institutos de saúde, do esgotamento de itens sanitários à disposição da população, bem como eventuais faltas de testes de Covid, ou vacinas. E tudo isso se resume pela deficiência que abrange o sistema público de saúde no Brasil, face ao descaso e à ausência de boa manutenção da saúde pública no país.

Ante o colapso do sistema de saúde brasileiro durante a pandemia, bem como os elevados números de casos e mortes da Covid no Brasil, diferentes estudos e pesquisas foram realizados a fim de compreender como e por que o país falhou na gestão sanitária que se instalou na pandemia.

Entre esses estudos, havia sido amplamente relatado que o país, possuidor de um sistema único de saúde de referência internacional, tinha parâmetros e qualidade suficientes para melhor estruturar-se na luta contra o vírus. Mas a gestão pública, em especial, a gestão do Chefe de Estado, falhou miseravelmente, ao adotar uma conduta negacionista e, por isso, não agir efetivamente com os primeiros sinais da doença no país, enquanto era de conhecimento público e notório o que o alastramento do vírus havia causado na maioria dos países da Europa e na Ásia.

Em uma análise da advogada e professora de ética em saúde pública Deisy Ventura, para o respeitado site de cunho jornalístico Carta Capital (2020), a pesquisadora afirma que a instabilidade política durante o enfrentamento da pandemia causou uma situação caótica, quando os governos estaduais adotaram, corretamente, medidas de quarentena e de resposta ao vírus, mas não foram acompanhados por muitos dos prefeitos que se alinharam ao discurso proferido pelo Presidente, que ia contra as medidas fundamentadas em evidências científicas.

Com conclusões análogas, um estudo publicado pela prestigiada revista científica “Science”, liderada pela brasileira Márcia Castro (2021, p. 1), afirma que a resposta nacional à crise sanitária foi uma perigosa combinação de irregularidades e associadas a posicionamentos políticos. Veja:

No Brasil, a resposta federal tem sido uma combinação perigosa de inação e irregularidades, incluindo a promoção da cloroquina como tratamento, apesar da falta de evidências.

Sem uma estratégia nacional coordenada, as respostas locais variaram em forma, intensidade, duração e prazos de início e fim, até certo ponto associadas a alinhamentos políticos.

Conforme elucidado, em uma situação de calamidade pública de saúde, é manifestamente necessário seguir orientações concretamente científicas, com o intuito de ultrapassar os problemas causados pelo vírus da melhor, e mais responsável, maneira possível. Por isso, o Poder Judiciário brasileiro, por intermédio do Ministro do STJ Alexandre de Moraes, deliberou que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são, concomitantemente, competentes para a adoção de políticas de isolamento enquanto perdurar a pandemia. Percebe-se que o julgamento da ADPF 672, pelo STF em 2020, buscou garantir que os órgãos estatais respeitassem a Carta Magna e tornassem efetivo o direito à saúde no Brasil, haja vista que o Governo Federal nem sempre demonstra interesse pelas medidas de isolamento social.

Em apartado relatório, o direito à saúde é um direito fundamental de suma importância para que os indivíduos consigam alcançar uma vida minimamente digna, sendo dever do Estado garantir o acesso à saúde. E, mesmo em tempos de crise, cabe ao Estado buscar a melhor forma possível para efetivar os direitos sociais dos particulares, sem comprometer a qualidade de vida e saúde da coletividade, mantendo, sempre, o ideal pela dignidade da pessoa humana.

2.3 Liberdade de manifestação do pensamento

Os direitos que aduzem as liberdades individuais, promovendo abstenção do Estado, são aqueles conhecidos por comporem a 1ª geração de direitos. Na compreensão do autor Paulo Bonavides (2016, p. 561), tal geração de direitos é de titularidade do indivíduo e traduzem oposição perante o Estado.

Uma das liberdades individuais reconhecidas pela CR/88 é a da livre manifestação do pensamento, uma garantia fundamental vigente no art. 5º, nos termos a seguir:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Para o doutrinador Celso Bastos (1998, p. 349), a presente liberdade consiste no direito de não ser impedido de demonstrar e divulgar, de forma livre, o seu pensamento. É um poder de agir que conta com a abstenção dos demais, enquanto no exercício pleno do seu direito.

Contudo, o presente direito não é absoluto e o seu exercício deve considerar os demais direitos e as garantias dos demais indivíduos. Assim, as suas principais restrições consistem na vedação do anonimato - art. 5, IV da CR/88; no direito de resposta e responsabilização civil e penal - art. 5, V da CR/88; e o direito à privacidade de terceiros - art. 5, X da CR/88.

Por isso, em tempos de pandemia, exprime-se a relevância da adequação da postura dos particulares, dos governantes e dos estudiosos, para que o exercício do direito de manifestação do pensamento não evidencie desrespeito aos direitos fundamentais dos demais indivíduos, buscando garantir, além do bem estar social - tão confrontado na incidência da crise sanitária, a possibilidade da população de assegurar os direitos à saúde e a informação, exibido na sequência.

2.4 Direito à informação

O direito à informação é um direito fundamental que decorre da quarta geração de direitos, responsável por transmitir a globalização dos direitos fundamentais, para o doutrinador Bonavides (2016, p. 585).

O direito originou-se dos preceitos da Constituição da República de 1988 e faz parte do rol de aduzido pelo art. 5º. Declara que o acesso à informação é assegurado a todos, sem distinção, conforme exposto a seguir:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Para além disso, no mesmo diploma legal, resta determinado que todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou coletivo ou geral, nos termos do art 5º, inciso XXXIII, *in versus*:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Assim, ante a obrigatoriedade anteriormente aduzida, vinculada ao governo, foi criada a Lei de nº 12.527 em 2011, regulamentando o acesso a informações previsto na CR/88. A Lei “dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações”.

Por todo o exposto, é possível concluir que o governo incumbe a obrigação de garantir à população o acesso a todas as informações necessárias para efetivar os seus direitos fundamentais, tais como a saúde. Portanto, a propagação de “fake news”, a promoção de dados falaciosos acerca da existência, meios de contaminação ou medicação da Covid-19, por parte do governo, são, além de verdadeiros desfavores à população, uma transgressão ao direito fundamental dos particulares.

Destaca-se que, conforme demonstrado anteriormente, a pandemia da Covid-19 é uma crise sanitária sem precedentes e, nesse sentido, todas as informações científicas e todos os fatos irrefutáveis devem ser de livre acesso ao público, a fim de que tais momentos de aflição e agonia possam ser superados o quanto antes, e para que a população saiba resguardar os seus direitos na presença da crise.

3 Legislação cabível em hipótese de calamidade pública

O estado de calamidade é uma prerrogativa dos Estados e Municípios, os quais podem decretar a calamidade pública na hipótese de danos consideráveis serem experimentados pela comunidade, e quando for indispensável a tomada de medidas imediatas ou excepcionais para mitigar os efeitos do desastre, nos termos do art. 29 do decreto nº 10.593, de 2020.

Em decorrência da Covid-19, o decreto legislativo nº 6, de 2020, deliberou acerca da ocorrência do estado de calamidade pública. A partir disso, resta justificada a tomada de diligências radicais por parte do governo para assegurar o melhor funcionamento do Estado, enquanto garantindo a proteção dos indivíduos e a saúde pública em nível nacional.

Uma das principais consequências administrativas decorrentes do reconhecimento do estado de calamidade pública é a alteração do atingimento das metas fiscais e das limitações financeiras previstas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias enquanto manter-se a situação. Isto é, em prol das novas despesas governamentais que se fazem necessárias durante a pandemia, os gestores públicos podem ultrapassar o teto máximo dos gastos sem incorrer em crime de responsabilidade.

Por isso, o decreto legislativo de nº 6 reconhece o estado de calamidade enquanto determina a dispensa do atingimento dos resultados fiscais previstos, declarando, ainda, a constituição de uma Comissão Mista para acompanhar e avaliar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas de emergências relacionadas ao Covid-19.

Nada obstante, na hipótese própria de uma crise sanitária, existem regulamentos direcionados ao controle de doenças transmissíveis, a infrações à legislação sanitária federal e à proteção das condições inerentes ao exercício do direito de saúde, isto é, as Leis de nº 6.259, de 1975, 6.437, de 1977, e 8.080, de 1990, respectivamente.

Tudo isso se faz imprescindível para assegurar que a população seja prontamente amparada ante uma situação de emergência, como a experimentada pela pandemia do coronavírus, garantindo o direito à dignidade humana àqueles que vivenciam os efeitos de um desastre em seu território.

4 Reações estatais para o controle da Covid-19

Com o breve recorte acerca do histórico do coronavírus e das pandemias antecessoras, demonstrados anteriormente, foi

possível perceber que a atual crise da Covid-19 é um súbito infortúnio. Por isso, a legislação brasileira vigente ao início da pandemia, assim como a de muitos outros países, não comportava regulamentos pertinentes -ou específicos - à atual emergência, de tal sorte que, com o avançar da crise, fez-se necessária a criação de diretrizes que buscassem contornar as adversidades e controlar a emergência.

O decreto reconhecendo o estado de calamidade pública foi a primeira ação dos governantes que, na sequência, determinaram medidas de isolamento social e a obrigatoriedade do uso de máscaras faciais em locais públicos. Tais estratégias obrigatórias incorporadas à sociedade são cabalmente efetivas para atenuar a incidência do vírus, já que a transmissão ocorre pelo contato direto com uma pessoa infectada ou com superfícies e objetos infectados.

Contudo, o protocolo de restrição à circulação, popularmente conhecido como *lockdown*, para ser efetivo requer que os indivíduos sejam constrangidos a permanecerem em isolamento, de tal modo que demanda o fechamento dos comércios não essenciais à subsistência, além da obstrução do acesso aos locais públicos.

Por isso, os municípios, cada qual mediante a sua necessidade, regulamentaram decretos impedindo, temporariamente, o funcionamento presencial das escolas, dos locais de culto religiosos, das instituições de prestação jurisdicional ou executivas, além do fechamento de academias, lojas varejistas e atacadistas, casas de show, shoppings, restaurantes, entre outros. Em suma, permaneceram abertos apenas os supermercados, as padarias e as farmácias.

As decisões, embora tomadas em âmbito municipal ou estadual, foram amparadas pelo estado de calamidade pública e por regulamentos federais, como a Lei de nº 13.979, de 2020, que objetiva a proteção da coletividade ante a emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus e determina:

Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

- a) exames médicos;
 - b) testes laboratoriais;
 - c) coleta de amostras clínicas;
 - d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
 - e) tratamentos médicos específicos;
- III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual;
- IV - estudo ou investigação epidemiológica;
- V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;
- VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos;
- a) entrada e saída do País; e
 - b) locomoção interestadual e intermunicipal;
- VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
- VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus.

Desde que tais medidas sejam determinadas com embasamento científico, além de serem determinadas com limitação temporal e espacial ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, consoante o §1º do referido artigo.

Na tentativa de prosseguir com as incumbências habituais, a população adaptou-se como possível, aderindo à modalidade online de todas as opções viáveis para estudos e trabalhos, bem como a alternativa pelo *delivery* dos itens disponíveis.

Não obstante, os impactos sociais negativos foram notavelmente extensos, seja no âmbito educacional, cultural, econômico ou trabalhista, em conformidade com o exposto a seguir.

4.1 Impacto econômico

Por conclusão inequívoca, ao começo da crise sanitária as maiores angústias da população se relacionavam com o desconhecimento do vírus, do seu processo minucioso de atuação, das mortes em massa, das consequências pessoais físicas e cognitivas a longo prazo, e da ausência de cura disponível. Consequente-mente, os

temores exprimiam-se, também, pelo risco de privação de acesso aos bens de cunho essencial, tais como alimentação, medicamentos, itens de higiene básica e meios de transporte.

Entretanto, com o avançar da pandemia, ante as adaptações sociais, outros fatores começaram a ser, também, objeto de preocupação. Entre eles, o déficit educacional que a população experimenta, tendo em vista o ensino remoto que, além de não agradar muitos dos estudantes que não se adequaram, ainda compete com a vasta rede de dificuldades suportada por grande parcela da população. A dizer, a falta de instrumentos tecnológicos compatíveis com o método - computadores, *notebooks* ou *smartphones* -, ou a privação de internet e energia elétrica.

Outro grande aspecto avaliado foi o cultural, já que os indivíduos encontram-se em situação de prejuízo quanto ao acesso de representações culturais e criativas, tais como teatros, casas de espetáculo, apresentações cênicas e musicais, no geral. E compreende-se que toda essa virtualização da vida social e privação da experiência em comunidade, bem como as demais preocupações práticas propiciaram um vasto e relevante adoecimento da saúde mental da população.

Mesmo assim, uma das maiores repercussões sociais negativas da crise no Brasil foi o efeito financeiro. Não existe como contestar que a economia mundial experimentou um revés significativo com a ocorrência da pandemia. Por parte dos Governos, a necessidade de atender aos anseios logísticos e populares, como a sustentação financeira dos sistemas de saúde superlotados, dos custos em equipamentos de proteção, do suporte aos recursos necessários para pesquisas de combate e tratamento do vírus, além do amparo monetário oferecido às pessoas em situações críticas e a própria ausência de arrecadação com o fechamento do mercado.

Lado outro, os populares enfrentaram o colapso dos muitos comércios que não resistiram à pandemia ou que, lutando para não fechar, foram expostos à necessidade de cortar gastos, por muitas vezes, provocando redução de pessoal. As demissões em massa no decorrer da pandemia submeteram muitas famílias ao estado de carência financeira, sem maiores perspectivas de recuperação.

No Brasil, segundo os dados divulgados no início do ano, pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o PIB - Produto Interno Bruto - sofreu uma queda de 4,1% durante o ano de 2020, o que o prestigiado jornal *El País* destacou como

“o pior resultado desde 1996”. As oscilações dos números de casos e mortes por Covid contribuem para sustentar as incertezas econômicas, o que não contribui para a perspectiva de restabelecimento do mercado financeiro.

Ante a debilitação experimentada pelos comércios, os empresários de pequeno porte sofrem desafios financeiros e os trabalhadores encaram excessivas taxas de desemprego. Informações apontadas pelo jornal *El País* não apresentam expectativa de melhora, conforme exposto a seguir:

[...] Economistas apontam, ainda, o prejuízo da inflação para este ano, cujas projeções sobem há oito semanas, na leitura do mercado financeiro. A alta nos preços deve levar a uma alta de juros que deve inibir a atividade econômica. (2021)

Em conformidade com todo o relatado, em abril de 2020 o governo brasileiro criou a Lei de nº 13.982, uma diligência para sustentar a economia e amparar os particulares mais afetados, financeiramente, pela crise sanitária. A lei inaugura o benefício do auxílio emergencial, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais, inicialmente pelo período de três meses, para os desempregados, os trabalhadores informais, os autônomos e micro e pequenos empreendedores individuais, bem como para as mulheres provedoras de família monoparental - que podem receber até duas cotas do auxílio.

Com certeza, a lei supramencionada, apelidada de Lei do “Corona Voucher”, alude notório mérito social, por assistir financeiramente aqueles em situação de vulnerabilidade, buscando garantir a subsistência digna dos brasileiros. E, também, por expressar importante recurso para motivar a economia brasileira.

Contudo, a medida de proteção social não aduz solução à deficiência financeira criada pela crise sanitária, tampouco resposta para os impactos sociais negativos decorrentes das medidas de contenção da pandemia, de tal forma que ainda fazem-se necessárias medidas que tratem o problema a longo prazo.

4.2 Impacto trabalhista

Em harmonia com todo o alegado anteriormente, as diligências de contenção do coronavírus, em especial o *lockdown*, embora imprescindíveis, ocasionaram efeitos negativos para a sociedade. A determinação de isolamento e fechamento dos comércios produziu uma série de crises de cunho econômico e vas-

tas fragilidades no âmbito dos comércios, ambos refletindo sobre o mercado de trabalho, de tal modo que as repercussões da pandemia remeteram uma crise empregatícia e, consequentemente, piora da instabilidade social.

Análises realizadas pela PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - Contínua, do IBGE e extraídas do site jornalístico G1, apontam que, “em média, 377 brasileiros perderam o emprego por hora em um ano” e que, contados de abril de 2021, o Brasil tinha 3,3 milhões de ocupados a menos do que em abril de 2020, considerando que os meses com maiores índices de demissão foram os de julho, agosto e setembro de 2020.

Os alarmantes dados indicam que a insegurança no mercado de trabalho deve prolongar-se, afetando, cada vez mais, as dificuldades financeiras dos particulares e frustrando as perspectivas de melhora da economia nacional. São fatores que, relacionados, tendem a obstruir o desenvolvimento social, cultural e instrucional da população, afastando o progresso da nação.

Por isso, medidas governamentais foram desenvolvidas durante a pandemia, na esperança de promover a manutenção dos empregos e da renda mínima e passa-se à observação das consequências de tais diligências para o direito trabalhista.

5 Novas diretrizes trabalhistas

Conforme elucidado, no começo de 2020, o Brasil enfrentava diferentes crises originadas pela pandemia, por isso, ante o colapso do mercado de trabalho, e a incidência dos requisitos de relevância e urgência constantes do art. 62 da CF/88, o poder público editou diferentes Medidas Provisórias com o intuito geral de preservar a atividade econômica, mantendo os empregos e a renda.

Uma das medidas provisórias no âmbito trabalhista de maior importância prática e jurídica foi a MP de nº 927/20, a qual adotou as seguintes deliberações:

Art. 3º. Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas:

I - o teletrabalho;

II - a antecipação de férias individuais;

- III - a concessão de férias coletivas;
- IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados;
- V - o banco de horas;
- VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;
- VII - o direcionamento do trabalhador para qualificação; e
- VIII - o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Examina-se que a MP buscava preservar as ocupações enquanto atentando-se às diretrizes de isolamento social para enfrentamento da pandemia. Por isso, os incisos traduzem alternativas para que o trabalhador pudesse operar as suas funções a distância, quando possível, ou superar a pandemia fora das dependências do local de trabalho, cumprindo férias ou feriados que o permitissem cumprir o *lockdown*, sem que isso significasse a perda do emprego. Ou, ainda, proporciona prerrogativas para facilitar, financeiramente, ao empregador a conservação dos empregados.

Contudo, uma controversa deliberação da MP 927/20, constante do art. 18, instaurou a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, sem certificar a remuneração adequada, gerando, além de uma insegurança jurídica, um impacto financeiro significativo e desrespeitoso para o empregado. Relata-se, ainda, que, nas palavras dos doutrinadores Rodolfo Pamplona Filho e Leandro Fernandez (2020, p. 777), a situação criada “evidentemente exporia o empregado a um estado de extrema fragilidade social”.

Com isso, atenta-se que a revogação do art. 18 seria necessária, mas não suficiente para suprir as faltas abrangidas pelas mudanças trabalhistas para enfrentamento dos efeitos do coronavírus. De tal sorte que, após alguns dias, sobreveio a edição de uma nova medida provisória.

Trata-se da MP de nº 936/20, que inaugurou o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda ante o enfrentamento do estado de calamidade pública e a crise de saúde pública de âmbito nacional. Manifestamente, o programa - de competência do Ministério da Economia - objetivava reduzir as consequências sociais negativas que a pandemia provocou nas atividades laborais e empresariais e, consequentemente, na economia.

Por isso, a normativa delibera:

Art. 3º. São medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda:

I - o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda;

II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e

III - a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Assevera-se que a possibilidade de reduzir a jornada de trabalho e, portanto, o salário abrange a pactuação de um acordo individual ou uma negociação coletiva, e deve respeitar o salário-hora do empregado, bem como a notificação, com antecedência mínima de dois dias, ao empregado.

E, aos empregados que experimentarem a redução da jornada e salário ou a suspensão temporária do trabalho, restará disponível o benefício emergencial, nos termos dispostos na Medida Provisória. Salienta-se que o benefício em questão retrata uma compensação governamental mensal.

Confere que a MP 936/20 restou convertida em Lei de nº 14.020/20, abrangendo singelas mudanças, tais como a nova hipótese de garantia de emprego ao deficiente, que passa a não poder ser demitido sem justa causa enquanto durar o estado de calamidade pública provocado pela crise sanitária.

Anota-se que tais normativas, embora imperfeitas, buscam alcançar alguma segurança jurídica para as relações de emprego, ao mesmo passo que se empenham para respeitar as garantias fundamentais e os direitos da personalidade dos indivíduos, assegurando a preservação da saúde dos trabalhadores - e, por consequência, de seus familiares -, bem como o acesso ao trabalho que propicia a melhoria da sua condição social e a manutenção da dignidade humana.

5.1 Diretrizes trabalhistas e o direito à saúde

O trabalho é uma garantia fundamental, nos termos da Constituição da República de 1988, e traduz um dos direitos sociais que, no entendimento do doutrinador Novelino (2016, p. 459), exigem, em regra, prestações positivas dos poderes públicos e destinam-se a “reduzir as desigualdades sociais existentes e garantir uma existência humana digna”.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores estão consagrados no art. 7º da CR/88 e, no que diz respeito à garantia de saúde aos empregadores, resta reconhecido o seguinte:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Nesse sentido, analisando ambas a doutrina e a jurisprudência, é possível perceber que o empregado tem o direito fundamental de operar em um ambiente salubre, com o intuito de assegurar a segurança física e a saúde. Nessa direção, o empregador resta vinculado ao dever de proporcionar o cumprimento dos regulamentos de segurança e saúde, conforme demonstra a CLT:

Art. 157 - Cabe às empresas:

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Além disso, as Normas Reguladoras do MTE - Ministério do Trabalho e Emprego, recepcionadas pela CR/88 e pela CLT, delegam ao empregador a prevenção dos atos inseguros no desempenho do trabalho, a adoção de medidas para neutralizar as condições de insalubridade ou segurança no trabalho, e a promoverem, no geral, a saúde e a integridade do trabalhador.

Assim, à medida que a nação busca adaptar-se ao “novo normal” motivado pelo coronavírus, com o retorno gradual das atividades laborais, surgem novos embates jurídicos acerca dos direitos e deveres dos empregados e empregadores para assegurar um ambiente saudável e seguro.

Em que pese algumas medidas de proteção sanitárias, como a ausência do empregado ao trabalho na hipótese de contaminação por Covid, ou o uso obrigatório de máscaras de proteção individual, sigam justificadas e asseguradas, com o avanço da criação e aplicação das vacinas criou-se o dilema acerca da obrigatoriedade da vacinação para o retorno efetivo ao local de trabalho ou a possibilidade de demissão por justa causa da-

queles empregados que recusarem, injustificadamente, a aplicação da vacina.

Alguns estudiosos do tema defendem que o bem-estar coletivo sobressai o direito individual de escolha da aplicação da vacina, como a Ministra Presidente do TST, que declarou para a redação do site de economia da UOL:

O direito da coletividade se sobrepõe ao direito individual e se um empregado se recusa à vacinação, ele vai comprometer o meio ambiente de trabalho que necessariamente deve ser promovido, por meio do empregador, da forma mais saudável possível, por isso que há uma justificativa que tem embasado decisões nesse sentido.

Mas a injustificada recusa compromete o direito coletivo dos demais trabalhadores, então nesse sentido parece que a justa causa foi aplicada com essa preocupação. Uma decisão justificada. (2021)

Inclusive, durante o ano de 2021, algumas decisões judiciais de primeira instância acompanharam o raciocínio anteriormente aduzido e julgaram procedente a possibilidade de demissão por justa causa do empregado que demonstrar recusa injustificada à vacina, em algumas hipóteses, como um recente julgado do TRT-2, a decisão foi confirmada em segunda instância.

No julgamento do recurso em questão, o relator, o desembargador Roberto Barros da Silva, pontua a importância da vacinação para garantir o retorno seguro das atividades normais da sociedade.

Nesse mesmo sentido, o Ministério Público do Trabalho já se posicionou a favor da demissão por justa causa na hipótese de recusa injustificada à vacina, por parte do empregado, uma vez que não é plausível que um indivíduo coloque em risco a saúde dos demais empregados, ante a gravidade de riscos apresentados pelo coronavírus.

Lado outro, uma portaria assinada em novembro de 2021, pelo Ministro do Trabalho e Previdência, Onyx Lorenzoni, determinou a proibição da demissão de funcionários pela recusa da aplicação da vacina contra a Covid-19. A portaria 620 do MTP declara que a exigibilidade de "documentos discriminatórios ou obstativos para a contratação, especialmente comprovante de vacinação" é proibida, assim como:

§ 2º. Considera-se prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação

E determinou, ainda, que a demissão “por ato discriminatório” é passível de reparação por danos morais e a opção do empregado pela reintegração ao trabalho, com direito a ressarcimento integral pelo período afastado, ou o recebimento, em dobro, da remuneração do intervalo de afastamento.

A portaria defende que, caso os empregadores busquem garantir a segurança sanitária no ambiente de trabalho, podem “oferecer aos seus trabalhadores a testagem periódica que comprove a não contaminação pela Covid-19 ficando os trabalhadores, neste caso, obrigados à realização de testagem ou a apresentação de cartão de vacinação”.

As disposições da portaria demonstram uma posição controversa daquela assumida pelo STF em dezembro de 2020, ante a discussão das ADIs 6.586 e 6.587 e do Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.879. Pelo entendimento dos doutos Ministros, em sua maioria, restou determinado que a vacinação compulsória não é sinônimo de vacinação forçada e que, em que pese caiba ao particular a recusa da vacina contra a Covid-19, o Estado pode implementar medidas de restrição àqueles indivíduos, desde que assegurados os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana.

Atenta-se que, em decisão monocrática, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso anula a eficácia de trechos da referida Portaria 620 do MTP, a decisão trata-se do julgamento da ADPF 898 e ainda será submetida ao plenário da Corte. Em suma, declara que a vacinação aduz importante medida para restringir os riscos do coronavírus e, por isso, “se volta à proteção da saúde e da vida”. Defendeu que o ato infralegal não é instrumento apto para criar direitos e obrigações trabalhistas, em especial, os que alcançam matérias constitucionais. Por fim, diligenciou acerca do direito do empregador em rescindir o contrato de trabalho, inclusive por justa causa, àqueles empregados que se recusarem, injustificavelmente, ao recebimento da vacina contra o coronavírus.

Por todo o exposto, até a conclusão do presente estudo, não existe entendimento jurisprudencial ou legislativo que as-

segure a aplicação de uma das correntes de pensamento anteriormente destrinchadas.

Entretanto, defende-se que a garantia da saúde pública é um dever geral e direito de todos. Por isso, a prevenção é responsabilidade de toda a coletividade, sempre fazendo-se valer das fontes científicas confiáveis e do direito à informação, com o propósito de garantir o direito à saúde e ao bem-estar da sociedade, além do progresso geral da nação.

Conclusão

O presente artigo possibilitou compreender que a pandemia ocasionada pela disseminação do vírus SARS-CoV-2 não foi a primeira pandemia instaurada no mundo, tampouco a primeira emergência de saúde pública em âmbito internacional; contudo, apresentou desafios imprescindíveis e consequências jamais experimentadas pela população na contemporaneidade.

Nesse diapasão, a busca pela garantia do direito à saúde e a manutenção da saúde pública justificaram uma série de condutas estatais para o enfrentamento do coronavírus e a superação da crise sanitária.

Anota-se que, ao longo do percurso, as medidas como o isolamento social, a quarentena e o uso obrigatório de máscaras faciais em locais públicos, indispensáveis para ultrapassar a emergência de saúde pública, acabaram por desenvolver outras crises nacionais e internacionais, em diferentes setores sociais, gerando uma série de impactos para a comunidade enfrentar em simultaneidade com a pandemia do coronavírus.

Isto posto, fez-se necessária a institucionalização de uma série de diligências governamentais para contornar as novas problemáticas. A princípio, o decreto do estado de calamidade pública, por si só, justificou a dispensa do atingimento das metas fiscais e das limitações financeiras previstas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e justificou o aumento de gastos públicos para conter a pandemia.

Na sequência, foi criada a Lei nº 13.982, com o intuito de amparar os particulares mais afetados, financeiramente, pela crise sanitária e sustentar a economia. A lei criou benefício do auxílio emergencial, que protegeu os mais vulneráveis, assegurando a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Ato contínuo, foi designada uma sequência de novas diretrizes trabalhistas que visavam à manutenção dos empregos e da renda, criando alternativas para o empregado abster-se de comparecer pessoalmente nas dependências, garantindo a sua saúde.

de, sem perder o emprego. E, também, foram editadas mudanças nas diretrizes trabalhistas para proteger os empregadores de enfrentarem a falência, ou similar, e, por isso, experimenta-se a possibilidade de redução proporcional de jornada de trabalho e de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho, ambos financeiramente compensados pelo Governo, com o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda. E, ainda, o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

No entanto, até o presente momento, subsistem importantes controvérsias no que tange ao embate dos direitos coletivos de saúde pública e as normas trabalhistas. Mais especificamente, a discussão jurídica acerca da possibilidade de demissão por justa causa do empregado que se negar, injustificavelmente, à aplicação da vacina contra o coronavírus. E as demais consequências jurídicas que envolvem a aplicação de ambos os entendimentos do tema.

Em suma, as manifestas adversidades suportadas pelas comunidades nacionais e internacionais, em decorrência da pandemia da Covid-19, alcançaram marcos imensuráveis e, conseqüentemente, os efeitos não irão se resumir em pequenos impactos de curta duração. Assim, em que pese muitas ações já estejam em execução, à disposição da população, para sobressair a pandemia e restabelecer a sociedade, é possível compreender que muitos desses problemas ainda alcançaram as próximas gerações, somente para serem solucionados no futuro.

, espera-se que as imposições imediatistas dos governantes sejam hábeis em suas funções de enfrentamento à pandemia e que as futuras medidas para combater os impactos sociais da crise sanitária não violem os direitos trabalhistas conquistados no Brasil, mantendo, sempre, a observância pela dignidade humana, os direitos fundamentais e os de ordem personalíssima.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República**. Revista Forense. 2000.

BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed., atual - São Paulo : Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto Lei nº 1º de maio de 1943.

BRASIL. Decreto legislativo de nº 6, 20 de março de 2020.

BRASIL. Lei de nº 13.979, 6 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Lei de nº 12.527, 18 de novembro de 2011.

BRASIL. Lei de nº 13.982, 2 de abril de 2020.

BRASIL. Lei de nº 14.020, 6 de julho de 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.593, 24 de dezembro de 2020.

BRASIL. Medida Provisória de nº 927, 22 de março de 2020.

BRASIL. Medida Provisória de nº 936, 1º de abril de 2020.

BRASIL. Lei de nº 6.259, 30 de outubro de 1975.

BRASIL. Lei de nº 6.437, 20 de agosto de 1977.

BRASIL. Lei de nº 8.080, 19 de setembro de 1990.

CASTRO, Marcia C. Spatiotemporal pattern of COVID-19 spread in Brazil. *Revista Científica Science*, 2021. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.abh1558>. Acesso em 17/10/2021.

Fundação Oswaldo Cruz. Impactos sociais, econômicos, culturais e políticos da pandemia. 2020.

Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/impactos-sociais-economicos-culturais-e-politicos-da-pandemia>. Acesso em: 23/10/2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil**. volume. São Paulo: Saraiva, 2017.

JIMÉNEZ, Carla. PIB de 2020 no Brasil cai 4,1% com pandemia, o pior resultado em 24 anos. *Carta capital*. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-03-03/pib-de-2020-fecha-em-queda-de-41-no-brasil-com-pandemia-de-covid-19.html>. Acesso em: 26/10/2021.

JUS. Dispensa por justa causa por recusa na vacinação. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/93393/dispensa-por-justa-causa-por-recusa-na-vacinacao>. Acesso em: 06/11/2021.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Instituições de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

Ministério da Saúde. O que é o coronavírus? 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em 03/10/2021.

Ministério da Saúde. Informe Técnico - MERS-CoV. 2014. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/junho/10/Informe-Tecnico-para-Profissionais-da-Saude-sobre-MERS-CoV-09-06-2014.pdf>. Acesso em: 03/10/2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Organização Pan-Americana de Saúde. regulamento Sanitário Internacional (RSI). Disponível em: <https://www.paho.org/pt/regulamento-sanitario-internacional-rsi>. Acesso em: 04/10/2021.

Radio France Internationale. Brasil falhou em todos os aspectos na resposta à pandemia. Carta Capital. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/saude/brasil-falhou-em-todos-os-aspectos-na-resposta-a-pandemia/>. Acesso em: 23/10/2021.

Revista Consultor Jurídico. TRT-2 confirma dispensa por justa causa de funcionária que não quis se vacinar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-22/trt-confirma-justa-causa-funcionaria-nao-quis-vacinar>. Acesso em: 06/11/2021.

Scielo Brasil. Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/sHYgrSsxqKTZNK6rJVpRxQL/?lang=pt>. Acesso em: 04/10/2021.

STF - ADI: 6586 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/04/2021.

STF - ADI: 6587 DF 0106522-64. 2020.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/04/2021.

Portaria MTP nº 620, 1º de novembro de 2021.

STF - ADPF: 672 DF 0089306-90. 2020.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 13/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/10/2020.

STF - ARE: 1267879 SP 1003284-83. 2017.8.26.0428, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/04/2021.

STF - ADPF: 898 DF, Relator: ROBERTO BARROSO, 12/11/2021.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio **Manual de Direito Civil**: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

UOL Economia. Empresa pode demitir quem recusar a vacina, diz presidente do TST. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/09/14/empresa-tem-direito-de-demitir-quem-recusar-a-vacina-diz-presidente-do-tst.htm>. Acesso em 06/11/2021.

Inteligência artificial na advocacia - Advogado Artificial - Efeitos práticos nos escritórios

Nanaidê Fidalgo Souza

*Mestre em Direito e Prática Jurídica com
Especialidade em Comércio Internacional pela
Universidade de Lisboa*

RESUMO

O Direito já incorporou a inteligência artificial de diversas formas. Um de seus desdobramentos é o advogado artificial, que detém finalidade bem delimitada e mais-valia na profissão do advogado, principalmente devido às incessantes publicações de informações diárias, o Big Data.

O excelente desempenho do advogado artificial em determinadas tarefas dos advogados gera algumas inseguranças. Este trabalho possui o objetivo de esclarecer a finalidade do software, especificando como este funciona e as suas consequências.

Trata-se de uma questão recente, o qual ainda se desdobrará em vários temas e debates, com diversas conclusões, razão pela qual não é possível esgotar as pesquisas, nem supor o rumo que tal assunto adotará. O que poderá e será delimitado são os conceitos já existentes, a forma de utilização na prática, as consequências e uma breve análise crítica do impacto atual, de modo a evitar especulações em relação ao que possivelmente ocorrerá no futuro.

Palavras-Chaves: Advogado artificial. Adaptação. Desemprego. Transparência.

ABSTRACT

The Law has already incorporated artificial intelligence in several ways, one of its consequences is the artificial lawyer, which has a well-defined purpose and added value in the legal profession, mainly due to the incessant publication of daily information, Big Data.

The excellent performance of the artificial lawyer in certain lawyers' tasks generates some insecurities, this

work aims to clarify the purpose of the software, specifying how it works and its consequences.

It is a recent theme, which will still unfold in several themes and debates, with several conclusions, which is why it is not possible to exhaust the researches, nor to suppose the direction that this subject will adopt. What can and will be delimited are the concepts that already exist, the form of use in practice, the consequences and a brief critical analysis of the current impact, in order to avoid speculation regarding what will possibly happen in the future.

Keywords: Artificial lawyer. Adaptation. Unemployment. Transparency.

1 Advocacia na atualidade

O advogado é fruto de muitos anos de estudo e dedicação, a fim de consolidar conhecimentos. Tal sabedoria não deve ser desperdiçada com atividades burocráticas nem repetitivas, mas para desenvolver e aprimorar benefícios para a sociedade.

A atividade do advogado não é a mesma de anos atrás; a transformação da função se iniciou no momento em que delimitou as características da profissão. O cerne e o objetivo do advogado permanecem os mesmos, o que é adaptado é a forma, o meio utilizado para desenvolver referida atividade.

A tecnologia facilita de diversas maneiras a rotina do advogado, com destaque na redução significativa do tempo despendido nas atividades corriqueiras, conforme será demonstrado. Além de os processos eletrônicos e de as audiências por videoconferências diminuírem a necessidade dos advogados se deslocarem aos Tribunais, prática que era indispensável, restando a necessidade de comparecer em algumas audiências.

O desempenho dos profissionais do direito é um fator que impacta diretamente na gestão do escritório de advocacia, realidade de muitos advogados. Atualmente, para ser um advogado de sucesso, não basta possuir apenas conhecimentos jurídicos, é fundamental obter os conhecimentos técnicos para manusear os softwares disponíveis e necessários para a boa execução da profissão.

Para ser um escritório de advogados de destaque, o marketing empresarial e pessoal deve ser bem elaborado e colocado em prática. Contudo, tal requisito exige tempo e dedicação, fatores escassos na rotina dos advogados.

A maior parte dos advogados possui tempo cronometrado para cada função, fato que impacta de forma direta na margem de erro do setor jurídico, uma vez que o advogado que contém grande volume de trabalho e responsabilidade possui alta probabilidade de não perceber algo importante, que provavelmente resultará em grande prejuízo para o escritório. A utilização do advogado artificial nestes casos reduz a margem de falha, ou seja, diminui o risco de gastos extraordinários na rotina do escritório. Além do fato do advogado sobrecarregado não ter tempo para desenvolver o *networking*, que é fundamental para os advogados criarem, aumentarem os laços com os clientes e demais profissionais da área, seja para fidelizar novos clientes, manter os bons ou para debater estratégias com os seus colegas de atuação.

Com a implementação do advogado artificial nos escritórios jurídicos, haverá remanejamento de tempo dos profissionais, pois a inteligência artificial pode obter diversas funções no meio jurídico, como ser assistente virtual do advogado, com o objetivo de recolher dados, analisar os documentos, doutrina, indicar a legislação, bem como a jurisprudência pertinente ao caso concreto, de modo célere e eficiente.

A empresa multinacional IBM¹ desenvolveu a tecnologia da inteligência artificial Watson, a qual originou o robô-advogado denominado Ross, para desempenhar o serviço de consultor jurídico, ou seja, exercer atividades mais técnicas ao efetuar as mesmas funções do assistente virtual, acrescida da ação de pesquisar citações legais, criar documentos, registrar petições, calcular a taxa de confiança, ao considerar a ideologia do juiz, das partes envolvidas, bem como dos tribunais inferiores, entre outros fatores, além de possuir a capacidade de responder a questões, por meio da autoaprendizagem.

A inteligência artificial tem a capacidade de se especificar em cada área, em cada tarefa. Quanto mais detalhado for o seu “treino”, maior será a precisão e o seu êxito, conforme será melhor detalhado mais adiante. Almeja-se utilizar a inteligência artificial em todos os ramos e temas do Direito, realidade que é possível, pois existe um pequeno número de ações previstas nos códigos de processos (BETIOLI, 2017, p. 42), fato que justifica a existência de enorme volume de casos com assuntos repetitivos.

¹ IBM. ROSS and Watson tackle the law. Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law/>>. Acesso em 27/12/2019.

Temas repetitivos combinados com o processo legal que é composto por trâmites repletos de burocracias resultam na lentidão do procedimento e na sobrecarga no Poder Judiciário, fator que impacta diretamente no cotidiano dos advogados, motivo pelo qual o advogado artificial se torna uma ferramenta necessária. Porém, antes de abordar o advogado artificial, é preciso compreender o conceito de inteligência artificial.

2 Inteligência Artificial

O conceito de inteligência artificial é extremamente amplo, razão pela qual este trabalho adotará o posicionamento do pioneiro da computação Arthur Samuels², que foca especificamente na computação cognitiva, tecnologia que atribui ao programa o poder da autoaprendizagem, ao incorporar experiências novas no seu conjunto de dados e imputar a capacidade de decisão com base em informações já processadas.

Diferentemente dos softwares tradicionais, que possuem o mapeamento predeterminado, o software da inteligência artificial desenvolve o seu próprio mapeamento ao criar padrões, os quais possibilitam novas soluções para os mesmos problemas. Além de resolver questões sem precedentes, impacta diretamente na atividade para a qual foi direcionada, maximiza as chances de êxito e altera a forma como o mercado funciona.

Os antigos softwares desempenham a mera função de localizar as palavras-chave, enquanto a inteligência artificial efetua uma pesquisa semântica, ou seja, analisa a relação entre as palavras, correlaciona as informações, bem como possui a capacidade de compreendê-las. Por isso, é possível afirmar que a inteligência artificial “lê”, ou seja, “interpreta” o texto e a lei, não apenas a reproduzindo.

A capacidade de interpretação do software é essencial diante do grande volume de dados disponibilizados diariamente. Esse fato originou o termo Big Data, que, em 2000, Doug Laney (MAYER; CUKIER, 2013, p. 23) definiu em três Vs, volume, velocidade e variedade, grande volume de dados transmitidos de fontes diversas em velocidade estrondosa e contínua. A cada segundo, surge um novo dado, seja ele estruturado ou não estruturado. Há necessidade de colher e armazenar essas informações, pois elas possuem relevante importância, ao servirem

² BOSE, N.K.; Liang, P. *Neural Network Fundamentals with Graphs, Algorithms, and Applications*, McGraw-Hill. 1996. p. 153.

de base para o desenvolvimento das atividades dos advogados e para a inteligência artificial efetuar a sua autoaprendizagem, bem como para a sua atualização. O enorme número de posicionamentos, teses, informações e conteúdos, que são disponibilizados diariamente em velocidade estrondosa, impossibilita um ser humano de estar completamente inteirado e atualizado, motivo pelo qual necessita da agilidade e da competência da inteligência artificial para estruturar e adequar os novos dados, conforme

cada caso concreto.

O advogado artificial é uma vertente da inteligência artificial focada nos escritórios de advogados, com a finalidade de desenvolver as atividades burocráticas e repetitivas desempenhadas pelos advogados. Entre elas, destacam-se a capacidade de efetuar pesquisas e análises jurídicas com precisão, localizar vínculos entre diferentes casos, analisar antigas e atuais jurisprudências, apresentar as tendências e os padrões dos tribunais, gerir as práticas, elaborar relatórios e sugerir estratégias para cada caso concreto.

A inteligência artificial propicia que o advogado possua acesso integral aos autos processuais, às informações pertinentes que se encontram no banco de dados, na doutrina, na jurisprudência e na legislação, de forma compilada. Esse fato resulta no aumento da produtividade e melhora as condições do advogado em fornecer orientação precisa, atualizada, de qualidade e de maneira rápida ao cliente, principalmente se se tratar de autos de processo antigos, compostos por muitos volumes, ou se o advogado responsável pelo caso concreto não estiver mais a atuar no escritório.

Um exemplo é o advogado artificial da empresa multinacional IBM, o Ross, que possui capacidade de classificar mais de um bilhão³ de documentos por segundo, enquanto um ser humano precisa de dias para categorizar o mesmo número de ficheiros. Frisa que a inteligência artificial denominada de Ross não efetua apenas a classificação, mas também aprende com tais informações e tem a capacidade de utilizar esses dados de forma adequada, logo em seguida.

O advogado artificial, a princípio, possui a finalidade de desenvolver atividades complementares, como efetuar o traba-

³ IBM. ROSS and Watson tackle the law. Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law/>>. Acesso em 13/12/2019.

lho burocrático do advogado e possibilitar que o profissional foque em questões estratégicas e realmente jurídicas.

A tecnologia denominada de Eli (BUCCO; BERTOZZI, 2017, p. 30) já possui capacidade de cadastrar autos de processos, sugerir teses a serem apresentadas, elaborar as petições e efetuar o protocolo; contudo, ainda não efetua tais funções de forma autônoma nem com excelência, pois precisa de “treino” e orientação.

2.1 Treino da Inteligência Artificial

O “treino” é uma etapa fundamental para nortear o software e gerar o bom desempenho, através do sistema de perguntas e respostas, em que a pessoa efetua uma pergunta objetiva e a inteligência artificial lhe fornece uma resposta, ao minerar os dados. Ressalta que quanto maior for a quantidade de dados fornecido, mais precisa será a resposta.

A advogada Alice Kohn (RUSSELL, 2003, p. 120) afirma que se necessita de uma média de cem contratos do mesmo assunto para que a inteligência artificial adquira a capacidade de trabalhar com tal tema e apresentar soluções com determinado nível de qualidade e de autonomia.

O “treino” é tão importante que a empresa norte-americana LawGeex⁴ possui um setor com a função específica de “treinar” o advogado artificial, além do setor de verificação de qualidade composto por advogados reais, que identificam imprecisões ou falhas. Há também o setor que saneia essas falhas.

A forma com que a resposta fornecida pelo software será utilizada pelo advogado, seja aprovada, rejeitada ou possuir apenas trechos endossados, determinará o viés que formará o padrão de comportamento, fato que justifica o mesmo programa “treinado” na mesma área por diferentes utilizadores apresentar resultados distintos diante do mesmo caso concreto, ou seja, o advogado artificial fundamenta os resultados conforme a linha de raciocínio da pessoa que introduziu os dados e as fontes de mineração. Tal situação permite ao programa desenvolver pontos de vista distintos de acordo com o posicionamento do utilizador que o “treinou” e atribuiu características únicas de singularidade à máquina.

⁴ LAWGEEX. Save Time and Cut Legal Costs. Disponível em: <<https://www.lawgeex.com>>. Acesso em 22/01/2020.

No momento em que a inteligência artificial compreende o real objetivo, ou seja, a linha de raciocínio a ser adotada, é capaz de traçar o padrão de comportamento, que é formado por algoritmos fornecidos pelas escolhas do utilizador, portanto, esses possuem de forma intrínseca valores do criador, dotado da parcialidade do homem, razão pela qual potencializa as qualidades e os defeitos das ideias que foram introduzidas.

Vale ressaltar que não basta “treinar” o advogado artificial, é preciso formar os advogados, capacitar as pessoas que trabalharão com a nova ferramenta. Diante de tal necessidade, o escritório de advogados português Cuatrecasas⁵ visualizou a solução e adotou uma excelente medida, ao investir mais de dois milhões de euros em um plano de capacitação tecnológica de quarenta mil horas para sua equipe jurídica utilizar de forma eficaz as ferramentas digitais disponibilizadas pelo escritório.

Frisa que contratar profissionais da área da tecnologia não é a solução, pois eles desconhecem a realidade e a necessidade dos advogados, os quais possuem peculiaridades em cada caso concreto, motivo pelo qual capacitar a equipe jurídica é a solução mais adequada nesse momento.

Nota-se que o valor monetário para capacitar a equipe jurídica é grande, bem como para se adquirir o software do advogado artificial, que possui elevado custo. Por exemplo, o hardware do Watson da companhia internacional IBM custa 3 milhões de dólares⁶.

Referido valor, se analisado de forma isolada, poderá desestimular a aquisição, porém, ao considerar a informação publicada pela revista brasileira *Exame*⁷, de que as empresas brasileiras em 2013 despenderam, em média, dois por cento de seu faturamento com litígios, conclui-se que o montante necessário para a aquisição do software não é tão elevado assim.

A aquisição do software é um investimento a longo prazo, pois, de fato, o escritório terá uma redução de custos, além da qualidade de vida, da satisfação enquanto profissional ao obter

⁵ OBSERVADOR. A Inteligência Artificial já Ajuda a Defender os Clientes. Disponível em: <https://observador.pt/especiais/a-inteligencia-artificial-ja-ajuda-advogados-a-defender-os-clientes/>. Acesso em 25/03/2020.

⁶ IBM. Entenda o preço do Watson Discovery. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/cloud/watson-discovery/pricing>>. Acesso em 30/10/2020.

⁷ BERTÃO, Naiara. Funções típicas de advogados já são feitas por softwares e robôs. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/deixa-que-o-robo-resolve/>>. Acesso na Revista Exame em 09/11/2019.

tempo para se dedicar à análise de descobertas e à criação de teses, assim como o aumento brutal na satisfação pessoal diante da prestação de serviços de excelência.

O advogado artificial, ao desenvolver as atividades burocráticas, permite que os advogados desfrutem de maior tempo para as demais atribuições.

3 Tempo

Os advogados possuem diversas atividades repetitivas nas suas rotinas, as quais demandam muito tempo, como, por exemplo, as leituras das publicações, dos autos de processos, de leis, jurisprudências, doutrinas, consultas aos tribunais, cadastrar autos de processos, efetuar pesquisas, entre outras funções maçantes dos advogados. Tais tarefas são pesadas e desgastantes, exigem demasiado tempo e atenção dos profissionais do direito, por ser a base para o desempenho da profissão.

O advogado brasileiro Antônio Maia⁸ exemplifica referida realidade ao mencionar o teste de carga com cadastro de processos, tarefa realizada, via de regra, por advogados recém-formados ou por estagiários, que demandam, em média, uma hora para efetuar um cadastro, enquanto o robô é capaz de fazer entre 1.500 e 2.000 processos em uma hora.

Os números supra-apresentados demonstram a capacidade da inteligência artificial em poupar ao advogado cerca de 1.500 a 2.000 horas de trabalho, ou seja, um advogado que possua carga horária de 8 horas diárias terá entre 187 e 250 dias extras para focar em outras atividades.

Via de regra, os advogados possuem cargas horárias predefinidas, ou seja, têm tempo preestabelecido para desenvolver as suas funções com excelência, dentro dos prazos existentes. Trata-se do direito de carga horária predefinida e do dever de apresentar peças processuais dentro do prazo, que, na prática, muitas vezes são incompatíveis, pois há árduos trabalhos que demandam tempos extremos de dedicação. Quanto maior a complexidade do caso concreto, maior será o tempo que este exigirá do profissional.

A fim de reduzir o tempo despendido dos advogados em atividades burocráticas, visa-se à utilização do advogado artificial, que possui a capacidade de realizar as atividades de rotina

⁸ Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Inteligência Artificial e Direito. Outubro 2018. p. 20.

minuciosas e de extrema relevância, as quais envolvem grandes volumes de informação, de modo confiável e sem fadiga. O software não possui horário, está sempre a minerar dados, de modo que é o único capaz de se manter constantemente atualizado, diante da disponibilidade incessante de conteúdo.

Estudos como o do Instituto Global McKinsey⁹ comprovam que 23% das atividades rotineiras dos advogados podem ser exercidas pela inteligência artificial, fato que, se ocorrer, resultará na redução de 13% na carga horária do profissional.

Outro estudo que colabora com tal posicionamento é o vídeo publicado pelo TED Institute¹⁰, onde o advogado norte-americano Andrew Arruda destaca que um advogado mediano disponibiliza 20% do tempo de seu trabalho às pesquisas jurídicas.

Vinte por cento do tempo de um advogado que tem carga horária de oito horas por dia equivale a 1:36 minutos, ou seja, o advogado que utiliza a inteligência artificial para efetuar as pesquisas jurídicas possui oito horas, o equivalente a um dia de trabalho para se dedicar a outros assuntos por semana. É uma quantidade de horas significativas e impactante nos resultados apresentados em determinada lacuna de tempo.

Pesquisas da empresa brasileira Kurier Analytics¹¹ estimam que um advogado despende de três minutos ao ler uma intimação e decidir qual atitude será adotada. Três minutos analisados de forma isolada são realmente pouco; no entanto, o advogado recebe diversas intimações no mesmo dia. Se somar os pequenos minutos na semana e acrescentar com as horas exigidas nas pesquisas jurídicas, notar-se-á que o profissional demanda demasiado tempo em atividades essenciais à sua profissão, embora não seja o cerne da sua função.

Outro estudo no mesmo sentido foi efetuado pelo advogado norte-americano Richard Susskind (2017, p. 131), em que se conclui ser possível reduzir oitenta por cento do tempo despendido por um advogado médio em uma revisão contratual,

⁹ LEA, Brandy J, LEE, Kevin P. Artificial Intelligence (AI) in the Legal Profession. Disponível em: <https://www.academia.edu/38005214/ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_AI_IN_THE_LEGAL_PROFESSION>. Acesso em 26/07/2020.

¹⁰ ARRUDA, Andrew. The world's first AI legal assistant. Disponível no youtube em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wwbr0fombFs>>. Acesso em: 24/06/2020.

¹¹ KURIER. Como é Aplicada a Inteligência Artificial no Ambiente Jurídico. Disponível em: <<http://blog.kuriertecnologia.com.br/como-e-aplicada-a-inteligencia-artificial-no-ambiente-juridico/>>. Acesso em 30/07/2020.

ao utilizar o advogado artificial para a mesma função com capacidade de efetuar a três vezes mais rápida.

A revisão contratual feita pelo advogado artificial também é realidade na empresa LawGeex. O advogado comercial internacional Noory Bechor (ASHLEY, 2017, p. 121) divulgou que os seus clientes, os departamentos jurídicos, fazem o upload do contrato que almejam que seja analisado e, uma hora após a submissão do contrato, os clientes recebem o parecer com sugestões de alteração de cláusulas, por não estar de acordo com os padrões legais comuns, ou por haver a possibilidade de cláusulas ambíguas ou contraditórias. Nesse parecer, também constam recomendações de cláusulas apropriadas ao contexto, situação que dispensa qualquer deslocação do cliente ao escritório.

Tais estudos demonstram que o advogado artificial é uma ferramenta com capacidade de otimizar o tempo dos advogados, que desempenham as mesmas tarefas com redução significativa de carga horária.

A redução da carga horária induz em alguns advogados falsas conclusões. Foi o que aconteceu com o advogado norte-americano Andrew Arruda¹², que almeja impactos mais profundos, como a diminuição dos honorários, das custas processuais e a democratização da justiça.

O mesmo pensamento foi concluído pela advogada inglesa Tara Chittenden¹³ ao acreditar que o principal objetivo de se utilizar a inteligência artificial é a redução de custos e a diminuição dos honorários. Ocorre que ambos os advogados não consideraram o valor necessário para se adquirir o software, os custos de instalação, de adaptação para manter o sistema a funcionar e os cursos de capacitação da equipe, valores consideravelmente elevados, conforme já demonstrado.

O mercado de trabalho atualmente não condiz com tal raciocínio, tendo em vista que a inteligência artificial exige alto investimento. No primeiro momento, o software requer a dedicação do advogado para “treinar” o programa, sendo necessário, após, acompanhar o desempenho e efetuar os ajustes pertinentes. Deve-se ressaltar que o profissional permanece a desenvol-

¹² ARRUDA, Andrew. The world's first AI legal assistant. Disponível no youtube: <<https://www.youtube.com/watch?v=wwbr0fombFs>>. Acesso em: 24/01/2020.

¹³ CHITTENDEN, Tara. Artificial Intelligence and the legal Profession. Disponível em: <https://www.academia.edu/36920594/Artificial_Intelligence_and_the_Legal_Profession>. Acesso em: 07/08/2020.

ver a sua função de forma concomitante, ou seja, no primeiro momento se torna mais denso o trabalho do advogado.

Passada a primeira fase, o advogado artificial está apto a atuar com pouca autonomia, altura em que o advogado utiliza o tempo, que antes era dedicado aos trabalhos burocráticos, para intensificar os conhecimentos jurídicos, bem como dedicar-se aos temas intelectuais do processo, nas sustentações orais e nas habilidades sociais.

O advogado artificial é uma ferramenta para o advogado desenvolver com melhor qualidade sua função. Essa ferramenta tem custo elevado e atualmente não há que se falar em redução de honorários.

O advogado artificial necessita de acompanhamento de cada fase, pois este não ainda não atua com total autonomia, sendo que a forma mais eficaz de acompanhar é por meio da transparência.

4 Transparência

A limitação da inteligência artificial são os dados, pois é através da mineração que o advogado artificial aprende. A publicação de dados imprecisos ou até mesmo falsos impacta diretamente na solução apresentada, além de desestruturar a base de conhecimentos do software, pois as informações são conectadas a fim de obter um conceito sólido. Se for utilizada uma informação falsa na sua premissa, esta descredibilizará as demais ideias, além de gerar a probabilidade de apresentar solução inexata e ineficaz.

A principal fonte (SEBESTA, 2010, p. 156) de mineração de dados do advogado artificial é a internet, onde procura informações disponibilizadas de acordo com o propósito que foi orientado. Há possibilidade do uso inadequado do conteúdo publicado pela inteligência artificial ou até mesmo pelo seu utilizador, ambos estão sujeitos a tal falha, tanto o advogado artificial quanto o advogado, pois, atualmente, o ser humano fundamenta noventa por cento (FINCATO; MATTE; GRUIMARÃES, 2014, p. 193) das suas pesquisas em artigos online.

A situação supracitada origina a questão de como o advogado artificial saberá se os dados captados são verdadeiros ou falsos. Ocorre que essas discussões se enquadram para o profissional do Direito da mesma forma, o ser humano está sujeito a cometer o mesmo equívoco que a inteligência artificial, ou seja, desenvolver tese com fundamento em dados falsos, imprecisos.

Ao utilizar como base uma premissa falsa, todo o desenvolvimento será questionável. Tal falsidade, imprecisão pode ser detectável ao pesquisar determinado tema de forma profunda e completa, fato que permitirá deparar-se com diversas contradições. Se houver contradição, significa que há necessidade de averiguar os dados coletados. Desta maneira, o advogado artificial percebe o erro, a discrepância nas informações, antes do advogado, do ser humano, devido à rapidez do software na pesquisa e na “leitura”. São atributos que tornam a inteligência artificial mais assertiva e eficiente que o homem, pelo fato de o ser humano possuir a zona de pesquisa restrita, em virtude do demasiado tempo que demanda cada investigação.

O tempo é um fator primordial para o bom desenvolvimento da função do advogado, e o advogado artificial contribui de modo relevante para a otimização das atividades jurídicas, principalmente pelo fato de o software trabalhar de forma constante e aprimorar-se a cada dado minerado.

A atualização a cada momento traz como benefício a maior credibilidade nos relatórios apresentados. Contudo, quanto maior o número de dados inseridos no software, mais avançado é o algoritmo da inteligência artificial, ou seja, mais difícil é a compreensão da sua lógica, principalmente por se tratar de um sistema auto-organizado, sem orientação externa. Compreender um programa avançado demanda concentração, conhecimento do ser humano e transparência do sistema.

O autoaprendizado do software combinado com o perfil criado pelo utilizador de forma inconsciente resultam nos trabalhos apresentados pelo advogado artificial. Analisar o resultado de maneira isolada pode ser um tanto quanto complexo; entretanto, a transparência permite que o profissional verifique o trajeto desenvolvido pela inteligência artificial e retifique fontes e dados inadequados.

Ressalta-se que a capacidade da inteligência artificial em sugerir novas ideias (HEGLAND, 2020, p. 207) e abordagens é uma característica de impacto. O advogado artificial consegue desenvolver teses totalmente novas, seja por meio de interpretação de lei nunca abordada, junção de leis esparsas com sentido até então não apresentadas, ou frente ao conjunto de informações publicadas recentemente.

A conferência do trabalho é fundamental diante da possibilidade de criação, e tal verificação só é possível mediante a transparência em todas as fases, fatos que atribuem a confiabilidade ao software.

Confiança é a base para qualquer trabalho, e o profissional necessita confiar em suas ferramentas e, principalmente, para compreender o impacto de tal ferramenta no mercado de trabalho.

5 Desemprego

A implementação do advogado artificial nos escritórios de advogados gera impacto social, bem como o sentimento de insegurança causado pela crença popular de que a máquina substituirá o homem.

O receio social é fruto da ignorância, sendo a informação fator primordial para a adaptação, ao compreender como o software funciona e possuir conhecimentos básicos que permitam controlá-lo, perceber eventuais falhas, assim como saná-las, automaticamente, geram a sensação de segurança e tranquilidade à sociedade.

A revista brasileira *Veja*¹⁴ publicou um artigo que menciona o relatório da consultoria norte-americana Deloitte, que demonstra tais números:

A tecnologia já contribuiu com a extinção de 31 mil postos de trabalho na área do direito. A previsão é de que mais de 40% das atividades do setor possam se tornar obsoletas em 20 anos.

Os dados supramencionados demonstram que já ocorreu a extinção de determinados postos de trabalho no ramo jurídico, embora tal afirmação não significa que houve desemprego. Como exemplo é o caso do posto de trabalho dos taquigráficos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Brasil que foi extinto. Porém, não existiu nenhuma demissão, pois a mão de obra foi realocada para a atividade de gerente operacional do procedimento.

Conforme demonstrado, já ocorreu a extinção de determinados postos de trabalho no ramo jurídico; no entanto, essa extinção foi positiva, pois deixou de haver função mecânica operacional repetitiva e foram adquiridas novas atividades à altura das competências do homem.

¹⁴ LOPES, André. Advogados são o Próximo Alvo da Inteligência Artificial. Disponível em Revista *Veja*: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/advogados-sao-o-proximo-alvo-da-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 17/07/2020.

Alguns profissionais do Direito, como os advogados portugueses Miguel Romão, Bruna Costa e João Arsénio de Oliveira (2019, p. 45), enxergam como desvantagem a extinção das funções e profissões burocráticas, em consequência da implementação da inteligência artificial. Esses mesmos advogados percebem que a solução é a reorientação dos profissionais nas novas tarefas e ocupações. As novas funções são menos morosas e massivas, fato que eleva a qualidade de vida do profissional, razão pela qual a suposta desvantagem se torna vantagem.

Os professores norte-americanos Dana Remus e Frank Levy¹⁵ compreendem a realidade, reconhecem que a inteligência artificial está a alterar o trabalho dos advogados e não os substitui. Os professores destacam que as atividades que foram automatizadas são as tarefas relativamente estruturadas e repetitivas, as quais subestimam a capacidade humana.

A formação do advogado está em fase de adaptação. As Universidades¹⁶ estão a incluir matérias das ciências da computação em suas matrizes curriculares, sem prejudicar os conhecimentos jurídicos já estruturados, de modo a haver junção dos conhecimentos. O mesmo está a ocorrer nos escritórios, o advogado artificial não está a substituir a função do advogado estagiário e nem do recém-formado, mas está a auxiliá-lo.

O sistema com um homem no circuito funciona melhor, ou seja, o programa desenvolve sua função com o acompanhamento do homem, que verifica todas as medidas que foram adotadas e as repara caso haja necessidade. O homem, ao conduzir os métodos do programa, aprende também com eles, ou seja, o software não efetua o trabalho com autonomia, de forma que não extingue a função antes desempenhada pelo estagiário e pelo advogado recém-formado, mas a complementa.

Os escritórios de advogados possuem funções para todos: para os advogados com vasta experiência, para os estagiários, os recém-formados e para os artificiais, uma vez que nenhum profissional é autossustentável, pois estes auxiliam-se e complementam-se. Quanto mais cedo definirem os papéis de cada um nesta relação, mais rápido atingirão todas as vantagens.

¹⁵ REMUS, Dana & LEVY, Frank. Can Robots Be. Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2701092>>. Acesso em: 16/06/2020.

¹⁶ SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future, OUP Oxford, 2. Ed. 2017, p. 110.

O processo de adaptação gera novos conjuntos de oportunidades para os jovens advogados, oportunidades que exigem criatividade e estratégia, restando obsoleta a função repetitiva antes desempenhada.

O britânico Daniel Susskind (2015, p. 362) aponta outro entrave ao abordar que haverá desemprego tecnológico, em que a maior parte dos trabalhos será desempenhada por máquinas, e o mercado de trabalho ficará com número restrito de profissionais. Ocorre que, a cada ano, há mais profissionais habilitados, por existirem novos grupos de recém-formados, e os antigos profissionais estarem a prorrogar cada vez mais a saída do mercado de trabalho, ou seja, o problema de existir postos de trabalho restritos já é realidade.

Tal problemática não se agravará, pois não serão todos os profissionais que se adaptarão às mudanças tecnológicas, fato que triará os especialistas. A exigência da atualização forçará a aposentadoria de muitos profissionais, situação que proporcionará trabalho para todos os devidamente capacitados, adaptados à nova realidade.

Não é possível afirmar o que acontecerá no futuro, nem é viável desenvolver meras especulações, de modo que é cabível analisar a realidade e o impacto da tecnologia até o presente momento, conforme será apresentado na realidade de Portugal, nos Estados Unidos e no Brasil.

6 Portugal

A inteligência artificial já é realidade no meio jurídico português, que possui diversas formas de utilização, como tarefas rotineiras e simples, análise de volumosos documentos em poucos minutos, de modo a otimizar o tempo dos profissionais e proporcionar o foco no desenvolvimento de teses, além de permitir um trabalho final com informações precisas.

Um exemplo é o escritório de advogados CMS Rui Pena & Arnaut, que utiliza o advogado artificial denominado KIRA, o qual possui o foco em efetuar a revisão de contratos. No mês de setembro de 2018¹⁷, o software efetuou a revisão de 2.500 contratos, oriundos de 27 jurisdições e produzidos em 23 idiomas,

¹⁷ FRANCO, Ana Sofia. Tecnologia Chega aos Escritórios. A Inteligência Artificial já Transforma a Advocacia. Disponível em: <<https://eco.sapo.pt/2018/09/13/tecnologia-chega-aos-escritorios-a-inteligencia-artificial-ja-transforma-a-advocacia/>>. Acesso em 27/12/2019.

em curto espaço de tempo, resultando em 30% de eficiência, além de reduzir drasticamente a probabilidade de ambiguidade, contradições e equívocos nos contratos, fatores que geram mais valia ao escritório de advogados.

Já o escritório de advogados PLMJ¹⁸ faz uso do programa denominado KIRA, com foco diverso, ao empregar o programa em autos processuais de grande volume, por possuir muitos documentos e teses a serem analisados, o que demandaria um tempo extraordinário do ser humano, de modo a impossibilitar o desenvolvimento da atividade do advogado.

Vale destacar que o escritório PLMJ atua nos autos de processos denominados Operação Marquês¹⁹, que se iniciou em 2014, possui 28 arguidos, teve mais de 200 testemunhas, há dados bancários de cerca de 500 contas portuguesas e estrangeiras e o despacho final contém mais de 4.000 páginas. Trata-se de autos processuais extremamente volumosos, com conteúdos densos e detalhados, serviço que exige ampla atenção na análise de todas as informações.

Os autos de processos da Operação Marquês refletem-se diretamente na economia do país, caso que solicita dedicação exclusiva dos advogados, atividade que requer a utilização do advogado artificial, já que o grande volume de conteúdo inviabiliza um ser humano de efetuar uma análise profunda de cada documento e, conseqüentemente, impossibilita a elaboração de boa defesa, em curto prazo.

O caso dos autos de processos da Operação Marquês ilustra a realidade do advogado artificial já possuir situações em que deixa de ser uma ferramenta facultativa e se torna instrumento fundamental para o bom desempenho da função do advogado.

7 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, utilizam-se os softwares que são comercializados pelas grandes empresas, mas alguns escritórios preferem criar o seu próprio programa, conforme a necessidade. É o caso da startup LawGeex²⁰, que desenvolveu o seu próprio

¹⁸ Informação transmitida no Curso Avançado PLMJ, IA & Direito. IA e serviços jurídicos, Ross, Watson, Direito Low Cost – 3ª Parte, 3.1, em 12/09/2018.

¹⁹ OBSERVADOR. Operação Marquês. Disponível em: <<https://observador.pt/seccao/justica/operacao-marques/>>. Acesso em 04/12/2019.

²⁰ LAWGEEX. Save Time and Cut Legal Costs. Disponível em: <<https://www.lawgeex.com>>. Acesso em 06/05/2020.

advogado artificial e efetuou uma disputa entre advogados de renome. A comparação baseou-se na análise de risco de alguns contratos, tendo-se no final concluído que a inteligência artificial foi mais célere. Houve advogado que obteve o mesmo nível de sucesso, mas houve advogado de baixo rendimento, ou seja, o advogado artificial mantém um nível de excelência, não possui influência externa, não há desconcentração, nem perda de foco, resulta em maior grau de precisão. Além de não possuir limites físicos, aguenta uma carga de trabalho intensa e está sempre atualizado.

Referida pesquisa comprovou o que este trabalho demonstrou, de que se trata de uma ferramenta com grande potencial de êxito, desde que utilizado de maneira correta e combinado com um bom “treino”.

O advogado artificial do escritório Baker & Hostetler (ASHLEY, 2017, p. 172) encontra-se na fase de treinamento, ao desempenhar a função de consultor jurídico, cujos advogados efetuam perguntas e têm as suas dúvidas sanadas por conteúdos atualizados e precisos. Além do fato de o advogado artificial alertar o advogado que o questionou, caso haja nova publicação que impacte nos autos processuais em andamento.

Frisa-se que o aviso ao advogado não ocorre diante da mera publicação de assunto relacionado ao tema questionado, mas por informação que gera repercussão ao caso em concreto.

A nova informação é cruzada com o banco de dados já existente, de modo que o sistema aponta todos os processos que possam sofrer algum impacto com a nova publicação. Caso se trate de uma ameaça, permite elaborar atempadamente a defesa adequada, enquanto se tratar de uma vantagem aumenta a probabilidade de fundamentar o êxito.

Enquanto há escritórios que já estão mais adiantados. É o caso do advogado artificial COIN (*Contract Intelligence*), utilizado pelo banco norte-americano²¹ J. P. Morgan, no seu setor jurídico. O advogado artificial encontra-se devidamente “treinado” e capacitado para interpretar, analisar em segundos os contratos financeiros, principalmente os de empréstimos comerciais, reduzindo o tempo de advogados em 360 mil horas por ano. Além de reduzir a probabilidade de erros, pois os erros geralmente resultam de má interpretação ou desvio de atenção,

²¹ BICUDO, Lucas. Robô faz em segundos o que demorava 360 mil horas para um advogado. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/mundo/28971/software-do-jpmorgan>>. Acesso em 25/10/2019.

falha inexistente em mecanismos artificiais, por serem puramente objetivos.

Visa-se mais ao advogado artificial. É o que a startup norte-americana CaseText (ASHLEY, 2017. p. 327) busca, com o objetivo de criar um software de predição de sentenças, ao definir padrões de comportamentos das cortes, através de análises das decisões dos autos de processos estaduais e federais.

O software de predição de sentenças da startup CaseText já apresenta percentagem de acerto considerável. É difícil afirmar a possível existência de um programa que acerte cem por cento a decisão das sentenças que serão publicadas, pois nos processos judiciais há diversos fatores subjetivos, inclusive o ser humano que julgará.

O programa que existe atualmente possui a serventia de orientar um provável posicionamento do magistrado, o êxito não é garantido, pois cada caso contém particularidades e cada juiz tem o seu posicionamento, não sendo, portanto, imutáveis. O que o programa da inteligência artificial faz é orientar de forma detalhada os procedimentos, as teses a serem adotadas com fundamentos em casos similares que obtiveram sucesso, ou seja, com base no padrão de comportamento do magistrado em casos similares, é possível sugerir linhas de raciocínio que foram fundamentais para o triunfo de casos semelhantes.

8 Brasil

A empresa brasileira Looplex²², de São Paulo, desenvolveu um software com a capacidade de elaborar o parecer, mantém o cliente sempre atualizado, ao informar frequentemente sobre o andamento dos autos processuais. Vale destacar que cliente satisfeito gera novos clientes e efetua ótima publicidade ao escritório de advogados, além de desburocratizar o trabalho do advogado.

No mesmo raciocínio da automação inteligente, a startup brasileira Tikal Tech²³ notou que, antes da implementação do advogado artificial, o protocolo da petição inicial das ações trabalhistas de casos corriqueiros demorava, em média, 34 dias, a partir do dia da entrevista com o cliente. Atualmente, o proto-

²² LOOPLEX. Automação Inteligente de documentos jurídicos. Disponível em: <<https://looplex.com.br>>. Acesso em 11/09/2019.

²³ TIKAL TECH. Automação Jurídica. Disponível em: <<https://legaltech.tikal.tech/tikal-tech/>>. Acesso em 22/10/2019.

colo ocorre logo após a finalização da reunião do advogado e o cliente.

Há softwares mais avançados, como o programa desenvolvido pela startup norte-americana Legal Labs, que é utilizado no Brasil pelas procuradorias da Fazenda Nacional do Brasil²⁴. A advogada artificial é denominada Dra. Luiza, que possui a capacidade de interpretar decisões, bem como requerer penhora de determinados bens.

As procuradorias da Fazenda Nacional atuam em áreas do Direito predefinidas, com grande foco nas execuções fiscais, que possuem poucos assuntos em pauta, motivo pelo qual os conteúdos das sentenças são extremamente similares, com pequenas dissonâncias, como uma das partes, o montante e os bens a serem executados, fato que possibilita a automação da atividade.

A advogada artificial denominada Dra. Luiza avalia os autos processuais de cobrança de dívida ativa, efetua a triagem e sugere ao advogado a peça adequada a ser peticionada, conforme o seu “treino”. A utilização do software enquadra-se perfeitamente por se tratar de casos padrão com elevada quantidade de informações a serem analisadas. O advogado artificial pode ser utilizado em processos que se encontram em fase de desenvolvimento, autos processuais em andamento, ou pode ser utilizado de forma preventiva.

A startup brasileira denominada Sem Processo²⁵ visa utilizar a inteligência artificial de maneira preventiva, resguardar os direitos da sociedade e, ao mesmo tempo, evitar a burocracia do Poder Judiciário.

Essa startup atua no âmbito da mediação por meio de *chatbots* e com a supervisão de advogado com ampla experiência, que sugere acordos com base nos interesses em causa.

A sugestão fornecida pelo advogado pondera o ponto de vista de ambas as partes, demonstra o quadro real, com fundamentos técnicos e jurídicos. Via de regra, o resultado obtido resulta em economia de meses de trabalho, bem como reduz o desgaste entre as partes, além de evitar que o Poder Judiciário seja acionado em demandas de menor complexidade técnica e resultado financeiro.

²⁴ Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Sinprofaz, 2019. p.192.

²⁵ SEMPROCESSO. Uma Nova Maneira de Negociar seus Processos. Disponível em: <<https://www.semprocesso.com.br>>. Acesso em 15/12/2019.

Conclusão

Conclui-se que a extinção de uma função gera a criação de outra e não necessariamente significa desemprego, ou seja, a extinção de postos de trabalho pode ser positiva para a sociedade, que deixa de possuir determinada função mecânica operacional repetitiva e adquire novas atividades que exigem o diferencial do homem, situação que valoriza a pessoa humana. Além de manter o mesmo objetivo do sistema judiciário a funcionar e resguardar os direitos dos cidadãos.

O novo método de desenvolver os atos da profissão do advogado não gera desemprego, pelo contrário, a advocacia beneficia e aprofunda-se com a utilização do software, que origina postos de trabalho à altura da capacidade humana.

A transparência é uma solução plausível apenas se houver um ser humano no circuito, que ratifique ou retifique as soluções apresentadas pelo software, de modo a reduzir a autonomia do programa.

O ideal é a combinação da inteligência artificial com os conhecimentos consolidados do advogado, com a sede do saber dos recém-formados e a curiosidade dos estagiários.

O advogado artificial possibilita apresentar números aproximados de probabilidade do êxito de cada caso aos clientes, previsões fundamentadas em dados e não apenas no instinto ou na experiência, além da capacidade do advogado artificial de simular a resposta de determinado tribunal perante certa tese aumentar significativamente o desenvolvimento de possíveis estratégias de litígio.

Há o objetivo de conseguir prever as tendências de decisões ao definir os padrões de comportamentos dos magistrados, visa-se alcançar o propósito referido o quanto antes, fato que aumentará a segurança jurídica, por reduzir divergências de decisões em casos similares.

A celeridade na elaboração das peças processuais bem como nos julgamentos resultará na real aplicabilidade do Direito, fato que gerará maior respeito em relação às leis, por estas adquirirem a sua aplicabilidade máxima.

No momento, não há autonomia do sistema. Por melhor “treinado” que o programa esteja, a inteligência artificial requer o acompanhamento por advogado com ampla experiência no assunto, principalmente para verificar temas complexos e subjetivos.

O advogado artificial atualmente pode desenvolver diversas funções, sendo que é possível catalogá-las:

1) Diligências: sistemas especialistas em efetuar pesquisas jurídicas e rever documentos a fim de localizar informações relevantes ao caso concreto.

2) Automação de Documentos: capacidade de gerar o documento final desejado, contrato, petição, ou qualquer outro, com base em respostas fornecidas pelo utilizador, por meio de um questionário.

3) Análise Legal: software responsável por analisar os documentos, doutrina, legislação, jurisprudência e sugerir posicionamentos jurídicos.

4) Tecnologia de Previsão: programas com o objetivo de definir padrões de comportamentos que possibilitem prever a potencial decisão final nos autos processuais.

O advogado artificial ainda encontra-se em processo de implementação no sistema jurídico; contudo, já é possível notar grandes impactos em sua aplicabilidade. Há situações em que o software deixou de ser facultativo e se tornou essencial, situação que provavelmente se repetirá com maior frequência ao longo do tempo, motivo pelo qual há necessidade de os profissionais do Direito estarem devidamente preparados, instruídos, treinados, pois o mercado efetuará a seleção natural.

Referências

ARRUDA, Andrew. The world's first AI legal assistant. Disponível no youtube: <<https://www.youtube.com/watch?v=wwbr0fombFs>>. Acesso em: 24/01/2020.

ASHLEY, Kevin D. **Artificial Intelligence and legal analytics**. Cambridge, 2017.

BERTÃO, Naiara. **Funções típicas de advogados já são feitas por softwares e robôs**. Disponível na Revista Exame: <<https://exame.com/revista-exame/deixa-que-o-robo-resolve/>>. Acesso em: 09/11/2019.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito**. 15. ed. Saraiva. 2017.

BICUDO, Lucas. Robô faz em segundos o que demorava 360 mil horas para um advogado. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/mundo/28971/software-do-jpmorgan>>. Acesso em: 25/10/2019.

BOSE, N.K.; Liang, P. **Neural Network Fundamentals with Graphs, Algorithms, and Applications**. McGraw-Hill, 1996.

BUCCO, Renata; BERTOZZI, Rodrigo. **Marketing Jurídico**. 2. ed. Juruá, 2017. CHITTENDEN, Tara. Artificial Intelligence and the legal Profession. Disponível em: <https://www.academia.edu/36920594/Artificial_Intelligence_and_the_Legal_Profession>. Acesso em: 07/08/2020.

FINCATO, Denise; MATTE, Maurício; GRUIMARÃES, Cíntia. **Direito e Tecnologia**: Reflexões Sociojurídicas. Livraria do Advogado Editora. 2014.

FRANCO, Ana Sofia. **Tecnologia Chega aos Escritórios**. A Inteligência Artificial já Transforma a Advocacia. Disponível em: <<https://eco.sapo.pt/2018/09/13/tecnologia-chega-aos-escritorios-a-inteligencia-artificial-ja-transforma-a-advocacia/>>. Acesso em: 27/12/2019

HEGLAND, Kenny F. **Introduction to the Study and Practice of Law in a Nutshell**. West Academic Publishing; 8. ed., 2020.

IBM. **Entenda o preço do Watson Discovery**. Disponível em: <<https://www.ibm.com/br-pt/cloud/watson-discovery/pricing>>. Acesso em: 30/10/2020.

IBM. **ROSS and Watson tackle the law**. Disponível em: <<https://www.ibm.com/blogs/watson/2016/01/ross-and-watson-tackle-the-law/>>. Acesso em: 27/12/2019.

Informação transmitida no Curso Avançado PLMJ, IA & Direito. IA e serviços jurídicos, Ross, Watson, Direito Low Cost, 3º Parte, 3.1, em 12/09/2018.

KURIER. **Como é Aplicada a Inteligência Artificial no Ambiente Jurídico**. Disponível em: <<http://blog.kuriertecnologia.com.br/como-e-aplicada-a-inteligencia-artificial-no-ambiente-juridico/>>. Acesso em: 30/07/2020.

LAWGEEX. **Save Time and Cut Legal Costs**. Disponível em: <<https://www.lawgeex.com>>. Acesso em: 22/01/2020.

LEA, Brandy J, LEE, Kevin P. **Artificial Intelligence (AI) in the Legal Profession**. Disponível em: <https://www.academia.edu/38005214/ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_AI_IN_THE_LEGAL_PROFESSION>. Acesso em: 26/07/2020.

LOPES, André. **Advogados são o Próximo Alvo da Inteligência Artificial**. Disponível na Revista Veja: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/advogados-sao-o-proximo-alvo-da-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 17/07/2020.

LOOPLEX. **Automação Inteligente de documentos jurídicos**. Disponível em: <<https://SEMPROCESSO.UmaNovaManeiraDeNegociarseusProcesso>>. Disponível em: <<https://www.semprocesso.com.br>>. Acesso em: 15/12/2019.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future**. OUP Oxford, 2. ed, 2017.

SUSSKIND, Richard & SUSSKIND, D. **The Future of the Professions: How Technology will Transform the Work of Human Experts**. Oxford: Oxford University Press. 2015.

TIKAL TECH. **Automação Jurídica**. Disponível em: <<https://legaltech.tikal.tech/tikal-tech/>>. Acesso em: 22/10/2019.

O controle do mérito administrativo pelo Judiciário na cassação de mandato eletivo

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado

Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas

Autor de obras e artigos jurídicos publicados pelas

Editoras Lumen Juris, Fórum e RT

Procurador-Geral da Câmara Municipal

de Guanhães/MG

RESUMO

É verdade que o Poder Judiciário, em regra, não está autorizado a controlar o ato administrativo no que concerne à conveniência e oportunidade. No entanto, toda vez que o ato administrativo for praticado com desvio de finalidade, com desproporcionalidade ou viciado de alguma forma, poderá o prejudicado acionar o Poder Judiciário e este deverá intervir para declarar a nulidade do ato praticado em desconformidade com os princípios administrativos constitucionais, notadamente o ato administrativo que resulta na cassação de mandato eletivo, visto que não poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito à interrupção abrupta do mandato outorgado pelo povo. Outrossim, o legislador constituinte, ao criar a norma contida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, não excepcionou os processos de cassação de mandato eletivo proveniente de imputação de crime de responsabilidade político-administrativa. Portanto, não há margem para fazer uma interpretação séria e excluir o Judiciário da apreciação de eventual desproporcionalidade ou desvio de finalidade do ato que resulta na cassação de mandato eletivo. De mais a mais, a cassação de mandato deve ser medida de *ultima ratio*, não podendo ser utilizada para penalizar atos de mera irregularidade ou ato sem o elemento volitivo doloso, tendo em vista que, em regra, deve prevalecer a vontade manifestada pelo eleitor nas urnas, devendo ser assegurada a conclusão do mandato. Dessa maneira, a cassação de mandato eletivo sem a existência de material probatório robusto acerca do crime de responsabilidade político-administrativa perpetrado pelo agente político não

merece prosperar, uma vez que a cassação de mandato sem elemento probatório será desproporcional e, muitas vezes, com desvio de finalidade, o que é reprovável pela ordem jurídica vigente, até porque a soberania popular é princípio fundante da ordem jurídica inaugurada pela Constituição Republicana de 1988, merecedora, portanto, da máxima efetividade possível, por força do princípio constitucional da força normativa da Constituição.

Palavras-chave: Sindicabilidade. Controle do mérito. Desvio de finalidade. Desproporcionalidade.

ABSTRACT

It is true that the Judiciary, as a rule, is not authorized to control the administrative act with regard to convenience and opportunity. However, whenever the administrative act is carried out with a deviation of purpose, with disproportionate or in some way vitiated, the injured party may sue the Judiciary and it must intervene to declare the act null and void in breach of constitutional administrative principles, notably the administrative act that results in the impeachment of an elective mandate, since injury or threat to the right to abruptly interrupt the mandate granted by the people cannot be excluded from the Judiciary's assessment. Furthermore, the constituent legislator, when creating the rule contained in item XXXV of article 5 of the Constitution, did not exception the processes of revocation of the elective mandate arising from the imputation of a crime of political and administrative responsibility. Therefore, there is no scope for making a serious interpretation and excluding the Judiciary from the assessment of any disproportionality or deviation from the purpose of the act that results in the cancellation of an elective mandate. Furthermore, the mandate revocation must be a measure of ultima ratio, and cannot be used to penalize acts of mere irregularity or act without the willful element, since, as a rule, the will expressed by the voter at the polls should prevail, the conclusion of the mandate must be ensured. In this way, the revocation of an elective mandate without the existence of robust evidential material about the crime of political and administrative responsibility perpetrated by the political agent does not deserve to prosper, since the revocation of mandate without evidential element will be disproportionate and often with a deviation of

purpose which is reprehensible by the current legal order, not least because popular sovereignty is a founding principle of the legal order inaugurated by the 1988 Republican Constitution, deserving, therefore, of the maximum possible effectiveness, due to the constitutional principle of the normative force of the constitution.

Keywords: Syndicability. Merit control. Misuse of purpose. Disproportionality.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo abordar sobre a possibilidade ou não de o Poder Judiciário realizar o controle do mérito administrativo nos processos de cassação de mandato eletivo em decorrência de imputação de crime de responsabilidade político-administrativa.

Teremos como base de estudo a Constituição Republicana de 1988, as normas infraconstitucionais e os julgados proferidos pelos Tribunais Pátrios e a doutrina nacional acerca do assunto proposto, lembrando que a Constituição deve ser o ponto de partida para qualquer interpretação jurídica, por força do princípio da força normativa constitucional, que irradia seus efeitos sobre todo o sistema jurídico.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

1 O mérito administrativo

Nas palavras do administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 105), o ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direito público, visa à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. Isto é, o Ato Administrativo é o mecanismo de exteriorização da vontade do agente público, na condição de representante do Poder Público, tendo como objetivo produzir regulares efeitos para atender ao interesse da coletividade.

Para que o ato administrativo seja válido, deve conter determinados elementos, quais sejam: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto, sem os quais o ato não terá validade.

O ato administrativo também possui atributos/características que são inerentes aos atos administrativos, sendo que a doutrina majoritária defende que o ato administrativo possui os seguintes atributos: presunção de legalidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade.

Além dos elementos e atributos, os atos administrativos podem ser classificados como vinculados ou discricionários. Nos atos vinculados, o administrador está estritamente vinculado à norma criada pelo legislador, que foi eleito democraticamente pelo povo, não tendo o administrador margem para realizar a valoração da conveniência e da oportunidade.

No que tange aos atos discricionários, o administrador possui certa liberdade para a prática do ato, devendo ser observados os limites expressos e implícitos consignados em lei, bem como a vinculação principiológica, ou seja, trata-se de uma discricionariedade regrada, tendo em vista que o administrador não pode praticar o ato discricionário segundo seu alvedrio, nem de modo arbitrário, sob pena de o ato ser questionado na via judicial.

Feitas essas breves considerações sobre o ato administrativo, passaremos a estudar o instituto do mérito administrativo.

Para o saudoso administrativista Hely Lopes Meireles, o mérito administrativo consubstancia-se “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar” (2007, p. 155/156).

O mérito administrativo nada mais é do que o poder conferido pela lei ao administrador para que este decida acerca da conveniência e oportunidade sobre a prática de determinado ato discricionário, ou seja, é conferido ao administrador margem para realizar a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas à prática do ato.

Entretanto, há elementos do ato discricionário que são vinculados à previsão legal, quais sejam: a competência, a forma e a finalidade. Quanto a esses elementos, o administrador sempre está vinculado à previsão legal, apesar do ato ser discricionário. O Administrador somente pode avaliar a conveniência e a oportunidade quanto aos elementos motivo e objeto, haja vista que a competência, a forma e a finalidade são sempre vinculadas, não podendo o administrador ignorá-los quando da prática do ato administrativo, isto é, não foi conferida autonomia ilimitada para prática dos atos administrativos, seja ato discricionário, seja o julgamento político de cassação de mandato eletivo.

Nesse sentido, advogam os administrativistas Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 414):

Nestes atos discricionários, vinculam-se, invariavelmente, à expressa previsão legal:

- a) a competência (qualquer que seja a espécie do ato, somente poderá ser validamente praticado por aquele a quem a lei confira tal atribuição);
- b) a forma (uma vez prevista em lei, também deve ser estritamente observada pelo administrador, sob pena de ter-se declarada a nulidade ao ato); e
- c) a finalidade (esta, por óbvio, jamais discricionária, uma vez que a finalidade de qualquer ato sempre será o interesse público).

Dessa maneira, conclui-se que o Administrador, ao praticar o ato discricionário, possui certa margem de liberdade para a avaliação da conveniência e da oportunidade. Contudo, essa valoração deve se dar nos limites expressos ou implícitos contidos na Lei e/ou em sintonia com os princípios fundamentais. Portanto, apesar da discricionariedade para a prática do ato, o Administrador não possui discricionariedade ilimitada, conforme sustentam alguns.

Na atual conjuntura jurídica, não é admitido ao administrador praticar ato discricionário ou vinculado sem fundamentação ou com base em alegações genéricas ou ambíguas, visto que essas anomalias afrontam os princípios e as garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988. Nesse sentido, são os ensinamentos do jurista Juarez Freitas (2010, p. 32):

Desse modo, para ilustrar, anulações e revogações, atos vinculados e discricionários, já não podem ser levados a termo sem fundamentação lançada no pertinente processo administrativo, muito menos com base em alegações vagas ou ambíguas de interesse público ou simples alusão a dispositivos legais. Com efeito, nas relações de administração, a persistência de fórmulas vazias, maculadas por veemente nulidade, representam a negação dos objetivos fundamentais da República.

O autor continua asseverando que todos os atos administrativos que afetarem direitos ou interesses legítimos devem ser de-

vidamente motivados em respeito à garantia do devido processo legal. Ou seja, na prática de qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário, o administrador deve apresentar uma fundamentação consistente e justificável racionalmente, em respeito ao sagrado princípio constitucional do devido processo legal.

O Administrador público, ao praticar o ato discricionário, deve obediência à lei, bem como aos princípios constitucionais fundamentais que norteiam a atividade administrativa, sob pena de o ato praticado ser questionado na via judicial, até porque não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mesmo em se tratando do mérito de processo de cassação de mandato eletivo em decorrência da imputação de crime de responsabilidade político-administrativa.

Insta salientar que eventual constatação de desproporcionalidade, de desvio de finalidade, de excesso de poder ou de arbitrariedade na prática do ato administrativo deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, até porque não pode ser excluída da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, em detrimento do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, conforme está consignado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Republicana de 1988.

Ora, o ato administrativo discricionário nunca pode ser confundido com ato arbitrário, este sempre será inválido, tendo em vista que foi praticado em contrariedade ao regramento jurídico. Sendo assim, toda vez que a Administração praticar o ato administrativo discricionário com desvio de finalidade, com desproporcionalidade ou com qualquer outro vício, o Poder Judiciário deve ser acionado para afastar eventuais arbitrariedades praticadas pelo administrador ao praticar o ato administrativo vinculado.

Em um Estado Democrático de Direito, não pode ser admitido que a Administração Pública ou o particular se blindem com determinadas artimanhas para retirar do Poder Judiciário sua função prevista pelo legislador constituinte, que é a apreciação de “lesão ou ameaça a direito”. Com isso, o Poder Judiciário pode e deve realizar o controle do mérito administrativo quando for praticado com desproporcionalidade, com irrazoabilidade e com desvio de finalidade, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Melo (2007, p. 937/938):

Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe

abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. (...) Não se suponha que haveria nisto invasão ao chamado “mérito” do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida. Deveras, casos haverá em que, para além de dúvidas ou entredúvidas, qualquer sujeito em inteligência normal, razoável, poderá depreender (e assim também, a fortiori, o Judiciário) que, apesar a lei haver contemplado discricção, em face de seus próprios termos e da finalidade que lhe presidiu a existência, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência, ou, mesmo comportando mais de uma, certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato.

Ora, a competência discricionária da Administração Pública no exercício do seu poder disciplinar não pode ser aceita como descontínua e ilimitada, conforme equivocadamente sustentam alguns, uma vez que deve sujeitar-se, obrigatoriamente, aos princípios constitucionais consagrados no ordenamento jurídico, notadamente os da razoabilidade e da proporcionalidade, como ensina o administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2018, p.57/58):

Modernamente, como já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da

discrecionalidade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como, por exemplo, o da igualdade, ou, ainda, se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso.

Feitas essas considerações, conclui-se que o Poder Judiciário deverá realizar o controle do mérito administrativo, como, por exemplo, se o ato foi praticado com razoabilidade, com desvio de finalidade, pois toda vez que houver lesão ou ameaça de direito, deve o Judiciário agir, caso seja provocado, para o restabelecimento da legalidade.

2 O controle do mérito administrativo pelo Judiciário na cassação de mandato eletivo

No julgamento de processo de cassação de mandato eletivo em decorrência de imputação de crime de responsabilidade político-administrativa que envolver vereadores, prefeitos, deputados, governadores, senadores e presidente da República, o entendimento que prevalece é que não é “sindicável o mérito administrativo do julgamento político pelo Poder Judiciário”.¹ Tal entendimento não coaduna com a nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988, até porque o próprio Texto Constitucional estabelece que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, eventual abuso ou desvio de finalidade no processo de cassação do agente político pode ser revisto pelo Poder Judiciário, pois não é razoável que o agente político, eleito democraticamente pelo povo, seja cassado sem nenhum elemento probatório concreto quanto à prática do ato antijurídico.

Dessa forma, para que a decisão de cassação do agente político seja válida e eficaz, deverá o processo de cassação ser instruído com provas hábeis a comprovar o fato imputado ao in-

¹ TJMG - Apelação Cível 1.0684.15.000618-8/001, Relator: Des. Edgard Penna Amorim, 1ª Câmara Cível, julgamento em 13/02/2019, publicação da súmula em 18/02/2019.

vestigado, devendo, ainda, o julgamento político de cassação ser devidamente fundamentado, haja vista que a fundamentação é pressuposto de validade do ato de cassação. Nessa trilha, posiciona-se a jurista mineira Edilene Lôbo (2003, p. 141):

Só porque político, não se pode admitir a parcialidade, a arbitrariedade, nem a injustiça. Assim como o judicial, o julgamento político deve ser fundamentado. É da fundamentação que se extraem os motivos, os argumentos que demonstrem, com base nas provas, que o réu tenha praticado a conduta imputada.

O agente político somente deve ter o mandato eletivo cassado em situações gravíssimas, mesmo assim devem ser garantidos o contraditório e a ampla defesa em seu aspecto substancial, isto é, seus argumentos devem ser enfrentados e levados em consideração para a construção da decisão administrativa.

Ora, em regra, deve ser preservada a soberania popular em sua plenitude, portanto, o resultado obtido nas urnas somente pode ser afastado em situações excepcionais, não podendo o mandato ser cassado em decorrência de interesses escusos, conforme é noticiado na mídia diariamente.

Não há discricionariedade na condução do processo político de cassação, portanto, o agente público, devidamente eleito, não pode ser cassado com base em questões meramente políticas, mas sim com base em conjunto probatório acerca do ato ilícito praticado por ele. Outrossim, para efeito de cassação do mandato, deve ser comprovado que o agente político praticou o ato questionado a título doloso e resultou em dano ao erário, isto é, a cassação de mandato deve ser reservada para casos graves e não para punir o agente político por praticar atos com meras irregularidades e muito menos para apenas agente político por adotar determinada ideologia partidária.

O que vemos no dia a dia é a utilização do processo político de cassação transvestido de desvio de finalidade, muitas vezes imbuído por questões unicamente pessoais, sem nenhuma prova concreta quanto ao crime de responsabilidade político-administrativa pelo agente político, o que é inadmissível, pois a condenação sem lastro probatório é um atentado contra o Estado Democrático de Direito, ainda mais em se tratando de um agente público que foi eleito democraticamente pelo povo.

Não é concebível que os membros do Poder Legislativo tenham “carta em branco” para conduzir o processo político de

cassação ao seu alvedrio, decidindo pela cassação, mesmo inexistindo prova concreta quanto à prática do ato antijurídico perpetrado pelo processado, o que é uma verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito. Com isso, o agente político, eleito democraticamente, não deve ser destituído do cargo por ato discricionário dos membros do legislativo, tendo em vista que a cassação somente será válida se for conferido ao agente político processado o exercício do devido processo legal em seu aspecto substancial, onde suas alegações serão levadas em consideração para a construção da decisão final.

Quando o Poder Legislativo cassa o agente político sem a comprovação do fato antijurídico, a pena de cassação é irrazoável e desproporcional e, por consequência, ilícita. Neste caso, o Poder Judiciário pode e deve realizar a sindicabilidade do mérito administrativo no julgamento político, para afastar eventual arbitrariedade praticada em desfavor do agente político.

Em todo e qualquer processo, seja judicial ou administrativo, as alegações apresentadas pelas partes envolvidas devem ser levadas em consideração para a construção da futura decisão, em respeito à garantia do “devido processo legal substancial”². Não havendo respeito à garantia ao devido processo legal substancial, o Poder Judiciário poderá fazer o controle do ato administrativo, podendo realizar a sindicabilidade do ato administrativo em seu aspecto formal, bem como no aspecto material, este no que tange aos abusos e ao desvio de finalidade dos atos praticados no transcorrer do processo político de cassação.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao votar no MS 22.494/DF, manifestou sobre a possibilidade de o

² Vale transcrever os ensinamentos do mestre Fredie Didier Jr. acerca da necessidade de garantir ao jurisdicionado o devido processo legal substancial: “Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”. (DIDIER, Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008).

Poder Judiciário realizar o controle do ato administrativo praticado pelo Legislativo, eis os argumentos do Ministro decano da Suprema Corte:

É da essência de nosso sistema constitucional, portanto, que, onde quer que haja uma lesão a direitos subjetivos, não importando a origem da violação, aí sempre incidirá, em plenitude, a possibilidade de controle jurisdicional. A invocação do caráter *interna corporis* de determinados atos, cuja prática possa ofender direitos assegurados pela ordem jurídica, não tem o condão de impedir a revisão judicial de tais deliberações. Os círculos de imunidades de poder – inclusive aqueles que concernem ao Poder Legislativo – não o protegem da intervenção corretiva e reparadora do Judiciário, que tem a missão de fazer cessar os comportamentos ilícitos que vulnerem direitos públicos subjetivos.³

Destarte, quando o ato político violar algum direito, o ato deixará de ser exclusivamente ato político, podendo o Poder Judiciário realizar sua sindicabilidade em seu aspecto formal, bem como no aspecto material, haja vista que não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, conforme foi previsto pelo legislador constituinte em 1988.

O processo de cassação de mandato eletivo instaurado para apurar a infração político-administrativa deve ser lastreado em provas concretas, em decorrência do *ônus probatório*. *Vejam-se as célebres palavras do Desembargador aposentado do TJMG e professor Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 423) acerca do ônus probatório:*

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisprudencial. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

³ STF - Trecho do voto do Ministro Celso de Mello no MS 22494/DF, julgado em 19/12/1996, DJ 27-06-1997.

Vale transcrever os ensinamentos do processualista italiano Francesco Carnelutti (2002, p.99), sobre o ônus probatório:

Não tenho necessidade de acrescentar, como é natural, que não faço aqui uma questão de palavras e que, portanto, não atribuo importância alguma a como sejam chamadas os dois conceitos, senão ao fato de que sejam designados com nomes distintos ou, pelo menos, a que se acentue de algum modo a diferença entre eles. Enquanto isso, e até que se proponha uma terminologia melhor, chamo por minha conta e meio de prova a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e fonte de prova ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade.

Quanto ao ônus probatório, o mestre Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 58) ensina que:

provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e, portanto, condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto, insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.

Dessa forma, parece bastante equivocada e ultrapassada a interpretação de que o Poder Judiciário não está autorizado a realizar o controle do mérito do ato administrativo que resulta na cassação do mandato do agente político, pois este entendimento absurdo tem se tornado terra fértil para prática de atos imbuídos de interesses pessoais, muitas vezes sem nenhuma prova concreta quanto à prática do ato ilícito pelo agente político.

O posicionamento acerca da impossibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle do mérito do processo de cassação de mandato eletivo resulta na instabilidade política vivenciada ultimamente, pois os detentores de mandatos concedidos democraticamente pelo povo, com frequência, são destituídos de seus cargos em decorrência de processo político de cassação, mesmo inexistindo prova concreta acerca do crime de responsabilidade político-administrativa.

Tal posicionamento é incompatível com o Estado Democrático de Direito, visto que o julgamento político deve ser devida-

mente fundamentado nas provas produzidas ao longo do processo de cassação, não podendo existir discricionariedade dos membros do Poder Legislativo na condução e julgamento do processo político de cassação de mandato eletivo.

Peço as devidas venias para discordar do posicionamento acerca da impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo do processo político de cassação de mandato, ao argumento equivocado de que o Judiciário somente deve averiguar se foi observado o devido processo legal em seu aspecto formal, isto é, observar se foram respeitados todos os prazos legais na condução do processo, bem como demais regras procedimentais. Isso é insuficiente em Estado Democrático de Direito, pois em todo e qualquer processo que interferir na esfera jurídica de outrem, deve ser assegurada a garantia do devido processo legal em seu aspecto substancial, ou seja, deve ser assegurado o direito de dizer, contradizer, produzir provas e seus argumentos serem levados em consideração para a construção do provimento final.

Dessa maneira, não basta o processo de cassação obedecer às formalidades previamente fixadas. Além disso, deve conter conjunto probatório robusto acerca da ilegalidade imputada ao processado, pois, conforme argumentado linhas atrás, a cassação do mandato eletivo deve ser medida de *ultima ratio*.

A falta de carisma do detentor do mandato, seu posicionamento ideológico, sua orientação sexual ou religiosa ou por fatos praticados pelos seus assessores sem o conhecimento e a participação não podem ser pano de fundo para lastrear o processo de cassação de mandato eletivo, como paulatinamente vem ocorrendo nas últimas décadas.

O detentor de mandato eletivo não pode ser penalizado tão somente porque seu subordinado praticou um ato ilícito sem sua participação e conhecimento, até porque o direito brasileiro veda a responsabilização objetiva. Desse modo, somente é possível a penalização do agente político, com a perda do mandato eletivo, quando restar comprovado que ele praticou ato ilícito a título doloso ou que tal ato foi praticado com sua anuência ou conhecimento, pois na atual ordem jurídica vigora a responsabilização subjetiva.

Sendo assim, o processo de cassação de mandato eletivo (deve ser?) ser instruído com provas robustas acerca do ilícito praticado pelo detentor do mandato, além da decisão da cassação ser devidamente motivada e congruente, isto é, os motivos devem ser determinantes, conforme manifestou o STJ no julgamento do MS 15.290/DF, *in verbis*:

(...)

há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido.⁴

Do mesmo modo, posicionou o STJ no julgamento do AgRg no RMS 32437/MG, eis a ementa do julgado:

Administrativo. Exoneração por Prática de Nepotismo. Inexistência. Motivação. Teoria dos Motivos Determinantes.

1. *A Administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculada às razões ali expostas, para todos os efeitos jurídicos, de acordo com o preceituado na teoria dos motivos determinantes. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não haja imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido.*

2. Constatada a inexistência da razão ensejadora da demissão do agravado pela Administração (prática de nepotismo) e considerando a vinculação aos motivos que determinaram o ato impugnado, este deve ser anulado, com a consequente reintegração do impetrante. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.⁵ (Grifos).

Ademais, não basta a formulação de denúncia genérica sem a individualização da prática do crime doloso de responsabilidade político-administrativa pelo detentor do mandato outorgado pelo povo, ou seja, a denúncia formulada em desfavor do agente deve conter a individualização da conduta, bem como provas concretas acerca do ato ilícito praticado pelo processado, isto é, a justa causa, que se consubstancia no lastro probatório mínimo e firme, indicativo da autoria e da materialidade, sob pena de colocar em risco o desejo do eleitorado manifestado nas urnas.

⁴ STJ - MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, j. 26/10/2011.

⁵ STJ - AgRg no RMS 32437/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 22/02/2011, DJe 16/03/2011.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem manifestado que o ato político-administrativo de cassação de mandato eletivo sujeita-se à análise de razoabilidade e proporcionalidade (justa causa), veja-se:

Processo Câmara Municipal – Denúncia de cidadão - Cassação - Mandato de Prefeito - Infração político-administrativa - Impossibilidade: - *Não há justa causa para cassação do mandato do prefeito, quando acusado de subcontratação para execução de objeto de licitação operada em gestão anterior.* (TJSP; Apelação Cível 1000139-11.2018.8.26.0581; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de São Manuel - 2ª Vara; Data do Julgamento: 02/07/2020; Data de Registro: 02/07/2020). (Grifos).

Agravo de instrumento tirado de decisão que, nos autos de pretensão anulatória, indeferiu o pedido de tutela de urgência que almeja a suspensão dos efeitos da decisão emanada pela Câmara Municipal de Piquete, alusiva ao Decreto nº 408/2018, que resultou na cassação do mandato de Prefeito da Agravante Direito Administrativo Controle judicial - Ato político-administrativo sujeito à análise de razoabilidade e proporcionalidade (justa causa) Conteúdo flagrantemente desmedido Conservação de bens públicos devidamente justificada, conforme orçamento, com as prioridades fixadas pelo Executivo local Decisão reformada Recurso provido. (STJ - AgRg no RMS 32437/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j.22/02/2011, DJe 16/03/2011).

APELAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. Objeto da ação. Anulação da cassação do mandato do prefeito pela Câmara Municipal, em razão da suposta infração praticada, especificamente, para a majoração da taxa de lixo municipal no exercício de 2014, sem que houvesse prévia autorização legal. Controle jurisdicional. Admissibilidade para verificação da legalidade formal e dos motivos que ensejaram o processo.

Teoria dos motivos determinantes. Precedentes do STJ. Mérito. Cassação oriunda da imputação de infração político administrativa por ato do Prefeito que supostamente majorou a taxa de lixo por decreto para o exercício de 2014, sem previsão legal. Inocorrência. O aumento do tributo ocorreu devido à adoção de método de cálculo previsto em lei, embora diverso da metodologia utilizada anteriormente. Ausência da demonstração de atitudes ilegais por parte do Prefeito no tocante à majoração do valor da taxa de lixo. Sentença mantida. Negado Provisamento ao Recurso. (TJSP; Apelação Cível 1002669-93.2014.8.26.0462; Rel. José Maria Câmara Junior; 8ª Câmara de Direito Público; j.18/10/2017).

O posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça paulista é digno de aplausos, tendo em vista que não pode ser aceito como normal a cassação de mandato eletivo unicamente por questões políticas ou por interesses escusos, uma vez que a cassação lastreada nestes fundamentos nunca poderá ser classificada como um evento dentro da normalidade, pois em qualquer tipo de condenação, inclusive no julgamento pela prática de crime de responsabilidade político-administrativa, realizado pelo Poder Legislativo, exige-se a comprovação da prática de ato ilícito.

Insta salientar que, para a cassação de mandato eletivo, é necessária a comprovação da prática de ato doloso em desfavor da Administração Pública, isto é, não é qualquer ato antijurídico que pode resultar na cassação do mandato eletivo, visto que a retirada do mandato somente deve ser reservada para os casos graves, ficando de fora os atos praticados com meras irregularidades.

Conclusão

Diante dos fatos relatados, conclui-se que o Poder Judiciário pode e deve realizar o controle do mérito do administrativo de cassação de mandatos eletivos de agentes políticos, até porque o artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988 estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, o Poder Judiciário pode ser acionado toda vez que houver lesão ou ameaça de direito, mesmo em se tratando de processo de cassação de mandato eletivo instaurado pelo Poder Legislativo.

O Poder Legislativo não pode ter uma “carta em branco” para conduzir o processo de cassação de mandato eletivo da forma que bem entender, haja vista que a vontade popular somente pode ser afastada em situações graves e com respaldo em material probatório, que a testa a prática de ato doloso contra os interesses da Administração Pública.

Se não existir prova robusta do ato ilícito praticado pelo agente político, não há por que cassar o mandato eletivo. Do contrário, o Poder Judiciário deve intervir e declarar a nulidade do ato administrativo que resultou na cassação, pois em um Estado de Direito, não deve prosperar a condenação sem lastro probatório acerca dos atos ilícitos.

Nos últimos tempos, houve a disseminação de cassação de mandatos eletivos Brasil afora, muitas vezes sem existir prova concreta da prática do ato ilícito imputado ao agente político, não passando as imputações de meras suposições.

Ora, na atual conjuntura jurídica não podem ser admitidas situações como estas, em que o mandato é extirpado mesmo não existindo prova concreta acerca dos fatos imputados. Pelo atual e equivocado entendimento, basta a instauração de um processo de cassação respeitar os aspectos formais para que o detentor de mandato seja despojado de seu cargo concedido pelo povo, mesmo que não tenha prova robusta, pois, segundo este posicionamento, não caberia ao Judiciário analisar o mérito administrativo

Este entendimento deve ser revisto urgentemente, pois toda vez que houver lesão ou ameaça de direito, deve o Judiciário ser acionado e agir para afastar a violação de direito questionada, mesmo em se tratando de um julgamento de cassação de mandato eletivo, tendo em vista que não foi conferido ao Poder Legislativo o direito de cassar mandato eletivo sem existir prova acerca do ato ilícito doloso imputado ao detentor de mandato eletivo.

Dessa maneira, faz-se necessário mudar urgentemente o posicionamento de que o Poder Judiciário não pode realizar a sindicabilidade do julgamento de cassação de mandato eletivo, uma vez que tal posicionamento não coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito inaugurado com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, especialmente com a norma contida no inciso XXXV do artigo 5º da CRB, o que deve ser levado a sério pelos juristas.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16 ed. rev. e atual – São Paulo: 2008.

AVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios - Do princípio à aplicação dos princípios jurídicos**, 18. ed. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.) 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rev. ampl. e atualizada até 19-01-2018. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FUX, Luiz. FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos Paradigmas do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

LÔBO, Edilene. **Julgamento de Prefeitos e Vereadores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** - São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Constituição Federal para concursos**. 12. ed. Editora JusPodivm, 2020.

PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Elegibilidade e Inelegibilidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: o risco e fuga as responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 26. ed. Editora Forense, 1999.

A derrotabilidade da norma e a ponderação de interesses em tempos de pandemia

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado

Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas

Autor de obras e artigos jurídicos publicados pelas

Editoras Lumen Juris, Fórum e RT

Procurador-Geral da Câmara Municipal

de Guanhães/MG

Allan Dias Toledo Malta

Advogado

Especialista em Direito Público pela Faculdade de

Direito Vale do Rio Doce/FADIVALE

Procurador Fiscal do Município de

Governador Valadares/MG

RESUMO

Pelo que foi exposto ao longo deste breve estudo, a Administração Pública está autorizada a aplicar o princípio da derrotabilidade da norma, bem como a técnica de ponderação de interesses, para fins de reduzir os subsídios e vencimentos de seus agentes públicos, desde que apresente motivação convincente e esteja presente o pressuposto “anormalidade grave”, como é o caso da pandemia denominada Covid-19. Tais atos têm como “pano de fundo” economizar recursos para garantir a continuidade dos serviços imprescindíveis à população, o que é digno de aplausos.

Palavras-chave: Administração Pública. Interesse da coletividade. Derrotatibilidade. Ponderação de interesses.

ABSTRACT

From what was exposed throughout this brief study, the Public Administration is authorized to apply the principle of defeat of the rule, as well as the technique of weighing interests, for the purpose of reducing the subsidies and salaries of its public agents, as long as it

presents a convincing motivation and demonstrates the assumption of “serious abnormality”, as is the case of the pandemic called Covid-19. Such acts are based on saving resources to guarantee the continuity of essential services to the population, what is worthy of applause.

Keywords: Public Administration. Collective interest. Defeatability. Balancing of interests.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo fazer um breve estudo sobre a aplicação do princípio da derrotatibilidade da norma e a técnica de ponderação de interesses no âmbito da Administração Pública.

É verdade que a Administração Pública, diferentemente do particular, deve praticar seus atos em consonância com o que estiver previamente estabelecido em lei, face ao respeito ao princípio da legalidade estrita, *“que consiste na ideia de que todo e qualquer ato que emane da Administração Pública deve ter amparo legal”*, sob pena de ilegalidade. Nesta trilha, são os ensinamentos do saudoso administrativista Hely Lopes Meireles, ao aduzir que:

A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2009, p. 89). (Grifos).

Destarte, em todo e qualquer ato administrativo o agente público deve obediência ao princípio da legalidade administrativa, em observância à determinação contida no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988. Todavia, em certos casos em que a aplicação da norma se tornar injusta, o texto legal, apesar de válido, deve ser afastado. No entanto, é necessária a apresentação de elementos que justificam o afastamento da norma, pois, por se tratar de excepcionalidade é indispensável a apresentação da devida motivação.

Também na aplicação das normas no âmbito do direito público pode ocorrer um conflito normativo. Neste caso, o intérprete pode lançar mão da técnica de ponderação de interesses

para avaliar qual norma deve prevalecer no caso concreto, devendo, ainda, observar o planejamento, com a implementação de medidas mais adequadas visando dar a devida continuidade aos serviços públicos.

No que tange à ausência de parâmetros em nosso ordenamento jurídico capaz de suportar os efeitos e as consequências desta pandemia, Marçal Justen Filho ensina que:

Os institutos jurídicos tradicionais do direito administrativo são incompatíveis com a complexidade da situação fática e a dimensão supra-individual das dificuldades. Mais precisamente, a submissão dos fatos a esses institutos gera distorções insuportáveis. (JUSTEN FILHO, 2020, p. 20)

Assim, muito embora a Administração Pública deva pautar seus atos com base no que estiver previsto em lei, é perfeitamente possível a aplicação dos princípios da derrotabilidade da norma e da técnica de ponderação de interesses no âmbito da Administração Pública, conforme será visto a seguir.

1 O princípio da derrotabilidade da norma na administração pública

O princípio da derrotabilidade da norma jurídica de forma didática e objetiva significa a possibilidade, no caso concreto ou prático, de uma norma ser afastada ou ter sua aplicação negada, sempre que ocorra uma exceção relevante, mesmo que a norma ou lei tenha presentes suas condições necessárias e suficientes para que a mesma seja válida e aplicável.

Os defensores do princípio da derrotabilidade da norma jurídica defendem que, em um caso concreto, uma norma pode ser afastada ou ter sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresente, ainda que a norma não possua nenhum vício, em razão de uma exceção plausível justificadora do afastamento da norma no caso concreto, ou seja, não há discricionariedade para afastar a aplicação da norma, pois sempre deverá existir um fato relevante justificador.

A doutrina nacional vem debatendo sobre a força normativa dos princípios, partindo da premissa de que regras e princípios são espécies de normas e que, enquanto ponto de partida para o intérprete, não guarda entre si hierarquia, especialmente diante da unidade da Constituição.

Assim, em determinado caso uma norma, mesmo de índole constitucional, pode ser afastada quando sua aplicação se tornar injusta ou contrariar os interesses da coletividade.

Neste sentido, são os ensinamentos de Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira:

A derrotabilidade das normas tem a ver com a não aplicação, total ou parcial, de certa norma jurídica, apesar de exteriorizados os pressupostos a partir dos quais se deveria aplicá-la em condições normais. [...] Por outras palavras, como os órgãos que editam normas são incapazes de prever as infinitas circunstâncias que futuramente aparecerão no momento em que uma norma deva ser aplicada, as previsões normativas estão sempre abertas a uma lista de exceções (cláusulas a menos que) que podem derrotar os comandos inicialmente propostos pela autoridade normativa (BERNARDES; FERREIRA, 2013, p. 245-246).

Humberto Ávila enumerou alguns pressupostos a serem preenchidos para a ocorrência da Derrotabilidade ou superação de determinada norma jurídica. Eis os requisitos:

- a) Requisitos Materiais: a Derrotabilidade da norma pelo caso concreto não poderá embaraçar a regular aplicação e concretização de valores intrínsecos da norma.
- b) Requisitos Procedimentais: para que uma regra não seja aplicada ao caso concreto (Derrotabilidade), *faz-se necessário apresentar argumentação condizente, demonstrando que a aplicação da norma seja incompatível com a finalidade subjacente da mesma, ou seja, estaria cometendo uma grande injustiça, fato que não era finalidade da norma em sua elaboração*. Ainda, os motivos da Derrotabilidade devem ser expressados de forma clara, para que possam ser consultadas e controladas. Por fim, não menos importante está o imperativo de apresentar comprovação condizente para derrotar uma regra, considerando que a mera alegação não pode ter o condão de superar uma norma positivada (ÁVILA, 2007, p. 117). (Grifos).

Dessa maneira, desde que devidamente motivado o ato e apresentados os motivos de forma clara, o hermeneuta pode afastar a aplicação da norma jurídica válida quando a aplicação se tornar injusta ou contrariar os interesses da coletividade.

Sobre a aplicabilidade da derrotabilidade da norma, o jurista Humberto Ávila continua ensinando que:

Como já analisado, as regras possuem uma eficácia preliminarmente decisiva, na medida em que pretendem oferecer uma solução, provisória para determinado conflito de interesses já detectado pelo Poder Legislativo. Por isso, elas pré-excluem a livre ponderação principiológica e exigem a demonstração de que o ente estatal se manteve, no exercício de sua competência, no seu âmbito material. (...). Como já mencionado, as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí por que as regras só podem ser superadas (defeasibility of rules) se houver razões extraordinárias para isso (...). (...) A superação de uma regra deverá ter, em primeiro lugar, uma justificativa condizente. Essa justificativa depende de dois fatores. Primeiro, da demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. É preciso apontar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige. Segundo, da demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica. Com efeito, as regras configuram meios utilizados pelo Poder Legislativo para eliminar ou reduzir a controvérsia, a incerteza e a arbitrariedade e evitar problemas de coordenação, de deliberação e de conhecimento. Sendo assim, a superação das regras exige a demonstração de que o modelo de generalização não será significativamente afetado pelo aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade, nem pela grande falta de coordenação, pelos altos custos de deliberação ou por graves problemas de conhecimento. Enfim, a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que

a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral. Em segundo lugar, a superação de uma regra deverá ter uma fundamentação condizente: é preciso exteriorizar, de modo racional e transparente, as razões que permitem a superação. Vale dizer, uma regra não pode ser superada sem que as razões de sua superação sejam exteriorizadas e possam, com isso, ser controladas. A fundamentação deve ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada. Em terceiro lugar, a superação de uma regra deverá ter uma comprovação condizente: não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovadas por meios de prova adequados, como documentos, perícias ou estatísticas. A mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra.

Destarte, faz-se necessária a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as regras jurídicas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é o que a doutrina denomina de derrotabilidade, ou seja, admite-se o afastamento da regra geral, em um determinado caso concreto, diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade.

Inclusive, em nosso ordenamento jurídico, vemos a evolução prática e quase que explícita do princípio da derrotabilidade. Para tanto, basta-nos observar o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas Básicas do Direito Brasileiro), alterado pelas Leis nº 12.376/2010 e 13.655/2018, principalmente em seu artigo 22, *caput* e parágrafo § 1º, deixa claro e explícita a possibilidade de o gestor público interpretar as normas e fazer a sua aplicação levando em conta os percalços vividos naquele momento, *in verbis*:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Vale registrar que a própria Lei de Introdução às Normas Básicas do Direito Brasileiro foi alterada para que sua redação fosse mais adequada, possibilitando ao gestor observar o primado da realidade quanto à luz da contextualização do caso concreto, sendo possível examinar as medidas mais aptas a afastar ou minimizar o rigor da norma com uma decisão mais equilibrada e com efeitos e resultados apropriados ao rigor do caso concreto.

No que tange ao acolhimento do princípio da derrotabilidade da norma, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem se posicionado adepto ao afastamento do texto legal quando existir incompatibilidade entre a hipótese descrita no texto legal e a situação vivenciada no caso concreto. Com isso, o hermeneuta deve construir um raciocínio que permita justificar, no caso concreto, uma solução mais justa e razoável. Eis julgados neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO EM RAZÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO ANULATÓRIA. CANCELAMENTO DA CDA APÓS A OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 26 DA LEF. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PROVEITO ECONÔMICO OBTIDO NA AÇÃO ANULATÓRIA, NÃO NA EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DA CAUSA MUITO ELEVADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS POR APRECIÇÃO EQUITATIVA, NOS TERMOS DO ART. 85, §8º, DO CPC. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM O AFASTAMENTO DA NORMA DOS §§ 3º E 5º DO MESMO ARTIGO. DERROTABILIDADE. JUSTA REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL E FINALIDADE DA NORMA. - Extinta a ação executiva em razão do cancelamento da CDA, é devida a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios se, à época da desis-

tência, a parte executada já havia constituído sua defesa. A aplicação da norma contemplada pelo art. 26 da LEF, que isenta as partes de “qualquer ônus” em caso de cancelamento da inscrição antes da decisão de primeiro grau, pressupõe ato espontâneo da Fazenda Pública, sem prejuízo para a outra parte. Precedentes desta Corte e do STJ. - Descabida a aplicação dos §§ 3º e 5º do art. 85 do CPC, uma vez que o proveito econômico fora obtido na ação anulatória, e não na execução fiscal, consistindo a extinção do feito executivo em dever de ofício do julgador que conduz o processo. Desse modo, não obstante o valor da causa não seja irrisório, mas, pelo contrário, muito elevado – superior a um milhão de reais –, merece aplicação a norma do art. 85, §8º, do CPC (arbitramento dos honorários por apreciação equitativa), tendo em vista que nova fixação com base no valor do débito configuraria bis in idem, além de enriquecimento indevido de uma das partes e, por conseguinte, sacrifício de outra, sem razoável justificação para tanto. - Por vezes, o raciocínio meramente legalista mostra-se insuficiente para solucionar determinadas questões jurídicas, porquanto o mundo fenomênico é muito mais rico do que o imaginado pelo legislador; quer dizer, casos não imaginados pelo legislador podem surgir, tal como evidenciado no caso concreto, em que a aplicação pura e simples da regra jurídica poderia subverter a sua própria finalidade. - Nesse cenário, *necessária a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as regras jurídicas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade, ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade.* - Arbitrados os honorários advocatícios em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor que remunera, de forma justa e adequada, o trabalho dos procuradores, sobretudo considerando a responsabilidade assumida no processo. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70080572308, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 21-03-2019). (Grifos).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. AÇÃO DE COBRANÇA EM

DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO E HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA CONDENAÇÃO. ART. 85, §§ 2º E 3º, I, DO CPC. AFASTAMENTO DAS NORMAS DE REGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. REFORMA DA SENTENÇA, NO PONTO. Certo é que esta Corte já afastou a aplicação literal dos dispositivos do Código de Processo Civil referentes à fixação dos honorários sucumbenciais, em razão da exorbitância do valor da causa, da condenação ou do proveito econômico, que ocasionaria flagrante desproporção desarrazoada entre a verba honorária e o trabalho realizado, situação que subverteria a própria finalidade da norma de regência – a justa remuneração do profissional. *Todavia, a aplicação da derrotabilidade está reservada a situações limite, que constituem exceções no sistema, exatamente porque o legislador não é capaz de prever todas as possíveis ocorrências fáticas, tornando necessária a construção de um raciocínio que permita construir a justiça no caso concreto, sem as amarras cegas da lei, que por vezes podem conduzir a circunstâncias de insurreição ao ordenamento jurídico como um todo.* É preciso ter cuidado para que a exceção não se torne a regra, exatamente como na espécie, em que a fixação da verba honorária sobre o valor da condenação (R\$ 109.200,00), resulta em quantia que nem de longe pode ser considerada exorbitante, sobretudo em um processo com tramitação de quase quatro anos e diversas manifestações dos procuradores da autora, inclusive com a produção de prova oral. APELO PROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70080281215, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 13-02-2019). (Grifos).

Dessa forma, a previsão contida no inciso XV do artigo 37 da Constituição Republicana de 1988, que estabelece que “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”, pode ser perfeitamente afastada quando, de alguma maneira, a aplicação da norma contrariar os interesses da coletividade. Até por-

que, como é de conhecimento de todos, os interesses da coletividade devem sobrepor aos interesses egoísticos do particular.

Portanto, considerando a calamidade pública decorrente da pandemia denominada Covid-19, vivenciada por todos nós, que está afetando sobremaneira as questões orçamentárias dos municípios brasileiros e, por conseguinte, inviabilizando o pagamento dos subsídios e dos vencimentos dos agentes públicos, pode perfeitamente ser afastada a vedação constitucional de redução dos subsídios e vencimentos, ocorrendo a derrotabilidade da proibição contida no inciso XV do Texto Constitucional.

É fato que, na atual conjuntura jurídica e a escassez de recursos públicos que se faz presente, além dos deveres específicos com serviços públicos e políticas públicas, deparamos agora com uma demanda, uma pandemia que traz em seu bojo a necessidade de gastos específicos no combate à sua disseminação e repressão, gastos estes que serão suportados por um sistema público deficitário e carente de recursos.

Não é segredo que os maiores problemas enfrentados pelos gestores estão reunidos quase que em sua totalidade na área da saúde, sejam pelo excesso de demandas, seja pela falta de recursos para suprir as necessidades diárias de um sistema falido. Em contrapartida, há necessidade de se realizar gastos com educação, assistência social e infraestrutura, que são tão importantes quanto a saúde para o equilíbrio de uma sociedade igualitária.

Ademais, a redução dos subsídios e dos vencimentos do prefeito, vice-prefeito, de secretários municipais, detentores de cargos comissionados e de demais servidores tem como objetivo preservar os interesses da coletividade no que se refere à manutenção dos serviços essenciais na área da saúde, notadamente no combate à pandemia. Desse modo, resta justificada a derrotabilidade da norma que proíbe a redução dos subsídios e vencimentos, tendo em vista que o valor economizado será revertido no combate à pandemia, o que é salutar.

2 A aplicação da técnica de ponderação de interesses na administração pública

A técnica da ponderação foi desenvolvida por Robert Alexy, tendo a doutrina nacional e a jurisprudência dominante acampado a tese desenvolvida pelo jurista alemão. Tal método de interpretação principiológica visa adequar os princípios a cada

caso concreto, objetivando impedir a supremacia de determinado princípio/norma.

Segundo Alexy (2008, p. 221),

o julgador deve buscar uma decisão “racional” diante de conflitos entre princípios constitucionais que asseguram direitos e garantias fundamentais, tendo como parâmetro a análise do princípio da proporcionalidade — que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito — e fazer a opção pelo princípio que contenha o mandamento que proporcione a satisfação de um dever ideal, já que princípios são comandos de otimização e, como tal, pressupõe que algo seja realizado na maior medida possível.

Nesse caso, para Alexy, estamos diante da “lei da ponderação” que consagra que quanto mais alto for o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio que está em conflito (ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito). O detalhe é que para mensurar tal situação é necessária a incidência de uma carga de argumentação. (Grifos)

Na mesma trilha advoga Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 69), aduzindo que:

O juízo de ponderação é construído a partir da própria concretização do entendimento extraído de um determinado princípio, ocasionando, portanto, a densificação da referida norma *in concreto*. Desta forma, a prática da ponderação não gera a desqualificação e não nega a validade de um princípio preterido, mas, tão-somente, em virtude do peso menor apresentado em determinado caso, terá a sua aplicação afastada, não impedindo, portanto, a sua preferência pelo jurista em outra lide. (Grifos)

Diante da colisão de direitos fundamentais, de um lado a impossibilidade de redução dos subsídios e vencimentos e de outro lado os interesses da coletividade, o intérprete deve lançar mão da técnica de ponderação para solucionar o conflito existente entre os bens jurídicos tutelados pelo Texto Constituci-

onal. Nesse sentido são os ensinamentos do professor Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 44):

é possível que, em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado direito. Por mais que isso soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito fundamental. Quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística, também sobra pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto. Quando alguém é condenado a pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim – e talvez de forma ainda mais clara –, quando alguém de um terreno que é desapropriado, o seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de um determinado direito, qualquer restrição a ela é uma restrição total ou quase total. (Grifos).

Nas palavras de Daniel Sarmento (, 2002, p. 23), a técnica de ponderação de interesses é fundamental na aplicação das normas. Eis os comentários do autor:

longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espalhou-se por uma miríade de assuntos, que vão da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional. A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em todas as demais disciplinas jurídicas. (Grifos)

Segundo a melhor doutrina, no processo de ponderação o intérprete deve levar em conta o princípio da proporcionalidade:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrado (MENDES, 2017, p. 182). (Grifos)

Para a melhor doutrina a colisão de direitos fundamentais decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais. Com isso, os princípios, ao contrário das regras, não emitem diretrizes definitivas, logo, devem ser analisados em cada caso concreto, vez que não são absolutos. Assim, a aplicabilidade dos princípios dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem no caso concreto, conforme ensina o jurista alemão Robert Alexy (2008, p. 222).

Segundo o constitucionalista George Marmelstein, os direitos fundamentais, “apesar de serem os valores mais importantes, ocupando o ponto mais alto da hierarquia jurídica, eles podem ser restringidos caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais” (MARMELESTEIN, 2019, p. 377), ou seja, em algum momento um direito fundamental pode ser restringido por conflitar com outro direito de igual hierarquia.

Não sendo possível a harmonização dos direitos em conflito, o intérprete terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. Assim, entre a vedação de reduzir os subsídios e os vencimentos e de outro lado os interesses da coletividade, deve prevalecer este, pois os interesses da coletividade com a redução dos pagamentos devem sobrepor aos interesses particulares dos agentes públicos.

Vale registrar que o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 489, § 2º, adotou expressamente a técnica de ponderação, ao estabelecer que “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, o que demonstra a importância da técnica de ponderação na aplicação das normas na atual conjuntura jurídica.

De mais a mais, a necessidade de sopesamento passa necessariamente pela aceitação da existência de hierarquia axiológica entre os valores constitucionais. Não há nenhuma dúvida de que existe uma hierarquia axiológica entre os interesses da coletividade em reduzir os gastos com a folha de pagamento e a vedação de redução de subsídios e vencimentos, pois sempre devem preponderar os interesses da coletividade em detrimento dos interesses do particular, principalmente em época de calamidade pública.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 29, reconhece que os direitos por ela estabelecidos não são absolutos, pois podem sofrer limitações “com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Acompanhando o movimento de que os direitos fundamentais não são absolutos, no julgamento do MS 23.452/RJ, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que no sistema constitucional brasileiro não há direitos ou garantias com caráter absoluto, “mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das relações de liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição”.¹

A decisão proferida pela Suprema Corte serve de sustentáculo para fundamentar e justificar o afastamento da proibição de redução dos subsídios e vencimentos dos agentes públicos, pois presente está o interesse da coletividade em detrimento dos interesses individuais dos agentes públicos, pois, com a redução dos subsídios e vencimentos será possível reduzir os gastos com a

¹² STF – MS 23.452-RJ, rel. Min. Celso de Mello.

folha de pagamento para que o valor economizado seja aplicado no combate à disseminação e repressão da pandemia, o que é louvável.

Em nada adianta não reduzir os subsídios e os vencimentos, em nome de um apego exacerbado ao texto legal, que nada contribui para a efetiva justiça social, pois se as finanças do Estado entrar em colapso, aí sim, não terão recursos para pagar a folha de pagamento e nem mesmo para combater a pandemia que aterroriza e afeta significativamente todos nós. Portanto, o Estado deve agir com prudência e com proporcionalidade em seus atos para equalizar o conflito existente entre os interesses individuais dos agentes públicos e os interesses da coletividade, a fim de atender às finalidades sociais e do bem comum.

Conclusão

Pelo estudo realizado, conclui-se pela possibilidade de aplicação do princípio da derrotabilidade da norma, bem como da aplicação da técnica de ponderação de interesses no âmbito da Administração Pública, desde que o ato seja devidamente motivado e que tenha como finalidade atender aos interesses da coletividade, até porque estes devem sobrepor aos interesses do particular.

A aplicação da derrotabilidade está reservada a situações graves, as quais constituem exceções, até porque o legislador não é capaz de prever todas as possíveis ocorrências no mundo jurídico. Portanto, é necessária a construção de um raciocínio que permita construir a justiça no caso concreto, sem as amarras estritas aos textos legais, que, por muitas vezes, podem conduzir a circunstâncias de injustiças e de desarrazoabilidades. No entanto, é preciso ter cuidado para que a utilização da derrotabilidade da norma não se torne a regra, para afastar a norma criada pelo legislador democraticamente eleito pelo povo sem a presença de elemento extraordinário justificado do afastamento da norma.

Além do mais, quando a norma vigente não contém uma exceção, mas a situação concreta impõe o dever de agir de outro modo, o intérprete, com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e de justiça, deverá afastar a previsão legal; no caso a proibição de redução de subsídios e vencimentos, em nome de um interesse maior, que é o interesse da coletividade, em reduzir os gastos com a folha de pagamento, para ser revertido na manutenção dos serviços essenciais à população.

Conforme restou demonstrado ao longo deste texto, é perfeitamente possível afastar a proibição constitucional de redução dos subsídios e vencimentos quando o administrador se deparar com uma situação de calamidade, como é o caso da pandemia denominada Covid-19, a fim de que sejam garantidos recursos para aplicação em prol da coletividade, principalmente no combate à pandemia.

De mais a mais, em nada adianta não reduzir os subsídios e vencimentos se, ao final, a Administração não tiver condições de honrar suas obrigações em razão do colapso das finanças. Assim, é prudente e razoável a redução da folha de pagamento na busca de garantir a continuidade da prestação dos serviços essenciais aos administrados.

Dessa forma, presente o fator de anormalidade grave, a Administração pode perfeitamente reduzir os subsídios e vencimentos de seus colaboradores, para atender aos interesses coletivos.

Referências

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade**. Revista de Direito Privado. Tradução por Luís Afonso Heck. São Paulo, v. 6, n. 24.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2016.

BANBEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**: Tomo I. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Covid-19 e o Direito Brasileiro*. Coletânea de estudos. E-book, Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed., refundida, ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1998.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: Revista de Direito do Estado, n. 4, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Imposto de Renda – Contribuições Extraordinárias para Entidade de Previdência Complementar – Isenção ou Não Incidência

Elton Nobre de Oliveira

Advogado no Rio de Janeiro

Pós-Graduado em Direito Processual Civil -

Veiga de Almeida – RJ

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a forma como vem sendo tratada pela jurisprudência até então sedimentada pelo Poder Judiciário a tributação pelo Imposto de Renda sobre as contribuições extraordinárias vertidas em favor de entidades de previdência complementar, a que tem sido obrigados os participantes, com vistas a saldar déficits apresentados por aquelas entidades.

Palavras-chave: Previdência Complementar. Contribuições Extraordinárias. Imposto de Renda. Isenção ou Não Incidência.

ABSTRACT

The present work aims to address the way in which it has been treated by the jurisprudence until then sedimented by the Judiciary in relation to taxation by income tax on extraordinary contributions levied in favor of supplementary pension entities, to which participants have been obliged, with a view to settling deficits presented by those entities.

Keywords: Complementary Pension. Extraordinary Contributions. Income tax. Exemption or Non-Incidence.

Introdução

O presente artigo visa apresentar uma análise acerca do entendimento adotado pelos órgãos do Poder Judiciário no que tange à tributação pelo Imposto de Renda dos valores despendidos

pelos participantes (ativos) e assistidos (inativos), a título de contribuições extraordinárias em favor de entidades de previdência complementar, de forma compulsória, com vistas a equacionar déficits apresentados por aquelas entidades.

1 Das contribuições para entidade de previdência complementar

As contribuições para entidades de previdência complementar encontram previsão legal na norma do artigo 19, da Lei Complementar nº 109, a qual dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências, conforme expresso a seguir:

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

No que diz respeito ao regramento dos benefícios fiscais do Imposto de Renda, o tratamento dispensado às contribuições para entidades de previdência privada é regulado pelo que dispõe a Lei nº 9.532/97, a qual, em seu artigo 11, expressa a isenção do referido tributo sobre os valores vertidos a tal título, limitados a 12% (doze por cento) dos rendimentos brutos tributáveis.

Assim prevê tal dispositivo legal:

Art. 11. As **deduções** relativas às contribuições para entidades de previdência privada, a que se refere a alínea e do inciso II do art. 8º da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e às contribuições para o Fundo de Aposentadoria Programada Individual - Fapi, a que se refere a Lei nº 9.477, de 24 de julho de 1997, cujo ônus seja da própria pessoa física, ficam condicionadas ao recolhimento, também, de contribuições para o regime geral de previdência social ou, quando

for o caso, para regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, observada a contribuição mínima, e **limitadas a 12% (doze por cento)** do total dos rendimentos computados na determinação da base de cálculo do imposto devido na declaração de rendimentos. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004) (grifos nossos)

Ocorre que, sem que haja qualquer distinção entre as contribuições denominadas *normais* e as *extraordinárias*, o entendimento exarado pela Receita Federal vem se mantendo no sentido de que somente em relação às primeiras – *normais* – pode se aplicar a isenção, impedindo, de maneira arbitrária e não isonômica, que os participantes e assistidos de entidades de previdência privada, chamados a contribuir de forma extraordinária para a recomposição de déficits apresentados, possam deduzir da base de cálculo do Imposto de Renda os valores vertidos a tal título.

Diante dessa postura adotada pelo Fisco, inúmeras são as demandas judiciais a respeito do tema, sendo que o Poder Judiciário vem se manifestando de modo uníssono em favor dos contribuintes.

2 Da origem das contribuições extraordinárias

Conforme vem sendo há algum tempo divulgado, inclusive pela imprensa, as entidades fechadas de previdência complementar permaneceram durante longo tempo com sua solidez inabalada, com patrimônio – constituído pelas contribuições paritárias dos participantes e das patrocinadoras – plenamente capaz de honrar com as aposentadorias devidas àquelas comunidades.

Todavia, em decorrência de ingerências políticas das mais diversas, especialmente de fraudes e atos de gestão temerária praticados por seus administradores, nos últimos anos algumas entidades viram a solidez de seu patrimônio abalada, o que gerou um grande desequilíbrio atuarial.

Saliente-se que os participantes daquelas entidades de previdência privada jamais deram causa a qualquer prejuízo, encontrando-se nesta oportunidade na posição de vítimas da má administração de suas contribuições, o que foi, inclusive, objeto de apuração pela CPI dos Fundos de Pensão.

Tais prejuízos e a forma de reparação são assim definidos, para maiores esclarecimentos:

- **DÉFICIT** - diferença negativa entre o total de ativos existente no plano (recursos garantidores) e a soma dos benefícios a serem pagos aos participantes e assistidos trazida a valor presente, correspondente à reserva matemática.

- **EQUACIONAMENTO** - trata-se de um procedimento com o objetivo de buscar, observando-se as regras em vigor, o equilíbrio entre os recursos garantidores e a reserva matemática do plano deficitário.

De tal sorte, em decorrência dos sucessivos déficits ultimamente apurados, e visando, principalmente de forma mais rápida e efetiva, restaurar o equilíbrio atuarial, as entidades afetadas por tal prejuízo passaram a efetuar a cobrança de **contribuições extraordinárias** a seus participantes e assistidos, a título de equacionamento.

A cobrança referente às **contribuições extraordinárias** impostas para fazer frente à cobertura dos déficits anteriormente mencionados foi fixada sobre os salários dos participantes (ativos), assim como sobre os proventos de aposentadoria dos assistidos (inativos), referente a cada exercício deficitário, atingindo em alguns casos cerca de **20% (vinte por cento)** daqueles valores.

3 Da análise jurídica

A questão que se põe a debate, então, se refere ao direito dos participantes e assistidos, ao sofrerem o desconto das contribuições extraordinárias anteriormente especificadas, que representam, na verdade, um **decrécimo patrimonial**, de ver deduzidos os respectivos valores da base de incidência do Imposto de Renda.

Ainda que tal direito se encontre expressamente previsto na legislação do Imposto de Renda – artigo 11, da Lei nº 9.532/97 –, de acordo com o equivocado entendimento da Receita Federal, vem sendo sistematicamente negado aos contribuintes.

Instada a se manifestar sobre a matéria, a Receita Federal, ignorando por completo a natureza daquelas contribuições extraordinárias, exarou seu entendimento por meio da **Solução de Consulta nº 354**, datada de 06/07/2017, oportunidade em que ratificou a equivocada manifestação no sentido de que tais verbas não são dedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda, sob o argumento de inexistir lei específica.

A equivocada postura da Receita Federal esbarra frontalmente no que prevê a norma constitucional acerca das LIMITAÇÕES AO

PODER DE TRIBUTAR, conforme dispositivo a seguir transcrito – artigo 150, da Constituição Federal – CRFB, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

A referida Solução de Consulta nº 354/2017, além de não se enquadrar no conceito de Lei em sentido estrito, inverte a lógica do comando constitucional ao concluir que as **contribuições extraordinárias** vertidas em favor das entidades de previdência privada deficitárias devem sofrer a incidência tributária, por não haver lei dispondo de modo contrário.

Por óbvio, a conclusão é inversa!

Na verdade, mais do que a **isenção** expressa no artigo 11, da Lei nº 9.532/97, o que ocorre com a privação dos salários e proventos de aposentadoria por parte dos participantes e assistidos de entidades de previdência complementar, respectivamente, é um efetivo **decrécimo patrimonial**, que implica em **não incidência** tributária, sendo mesmo desnecessária a elaboração de qualquer lei para impedir a tributação.

3.1 Da não incidência e da isenção

Questão que demanda controvérsia na doutrina do Direito Tributário é a referente à natureza jurídica da isenção tributária. Entre os diversos ensinamentos que se pode extrair dos estudiosos do assunto, merece destaque a abordagem didática de Machado (1997, p. 153), diferenciando a **isenção** da **não incidência** tributária, nos seguintes termos:

Distingue-se a *isenção* da *não incidência*. Isenção é a exclusão, por lei, de parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto da isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação. A *não incidência*, diversamente, configura-se em face da própria norma de tributação, sendo objeto da não incidência todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição legal de *hipótese de incidência*.

No entendimento de Carneiro (2020, p. 734), alinhando-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a **isenção** se amolda a uma **incidência tributária**, pois, ocorrendo o fato gerador, nasce a obrigação tributária, deixando de haver tão somente o crédito por força de lei que dispensa o pagamento por isenção.

Assim é a doutrina referida, tratando da natureza jurídica da **isenção**:

10.6.2.1 *Natureza Jurídica*

Como dissemos anteriormente, a natureza jurídica da isenção é polêmica. Parte da doutrina entende que a isenção situa-se no campo da não incidência legal e, por isso, exclui a própria obrigação tributária, não ocorrendo, portanto, o fato gerador. Nesse sentido, a doutrina contemporânea considera que a lei de isenção obsta o nascimento da obrigação em função da não ocorrência do fato gerador. Em posicionamento diverso, o STF, corroborando a teoria clássica, entende que a isenção está no campo da incidência, pois ocorre o fato gerador, nasce a obrigação tributária, mas não haverá o crédito, por força da lei isentiva que dispensa o pagamento do tributo, ou seja, há o fato gerador, mas a lei desobriga o contribuinte do pagamento, impedindo o lançamento.

Entendimento diverso é o de Torres (2003, p.304), filiando-se à corrente que entende não chegar a nascer a obrigação tributária nos casos de **isenção**. Vale a transcrição, a fim de ser registrado tal entendimento:

A doutrina contemporânea à elaboração do Código Tributário Nacional, capitaneada por Rubens Gomes de Souza (*Compêndio...cit.* p.. 70) inclinava-se pela tese da dispensa do tributo devido. Entendia que, apesar da isenção, ocorria o fato gerador, nascia a obrigação tributária e havia apenas a dispensa, pela lei, do seu pagamento. A outra explicação, que a meu ver é melhor, defende que na isenção ocorre a derrogação da lei de incidência fiscal, ou seja, suspende-se a eficácia da norma impositiva. A isenção opera no *plano da norma* e não no plano fático. Sabemos que a expressão fato gerador é ambígua, podendo tanto se referir à definição hipotética

da lei, quanto ao fato que venha a ocorrer no mundo real. Para que nasça a obrigação tributária é necessário que ocorra na realidade aquela circunstância hipoteticamente prevista na norma. Ora, com a isenção o fato abstrato deixa de existir e assim não pode nascer nenhuma obrigação tributária. Essa explicação ingressou no direito brasileiro principalmente por influência de Sainz de Bujanda e foi adotada por Souto Maior Borges, que escreveu competente monografia sobre o tema (*op. Cit.*).

Da análise dos ensinamentos citados anteriormente, principalmente considerando suas divergências em alguns pontos, pode-se concluir que alguns institutos do Direito Tributário possuem consequências muito parecidas, ainda que possuam naturezas diversas.

Especificamente em relação ao presente estudo, deve ser salientado que a mencionada Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, a qual dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências, prevê de forma absolutamente clara, na conjugação de seus artigos 19, anteriormente transcrito, e 69, que as verbas referentes à contribuição extraordinária para plano fechado de previdência complementar **não sofrem incidência tributária**.

Merece destaque o cotejo entre os dois dispositivos legais – artigo 19 e artigo 69:

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas **destinadas ao custeio** dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas **destinadas ao custeio** de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

...

Art. 69. **As contribuições** vertidas para as entidades de previdência complementar, **destinadas ao custeio** dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são **dedutíveis** para fins

de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1º **Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.** (grifamos)

O teor das normas anteriormente transcritas não deixa dúvida acerca da não incidência tributária em relação às **contribuições extraordinárias** destinadas a suprir os *déficits* apurados em planos de previdência complementar. A equivocada interpretação adotada pelo Fisco, expressa na Solução de Consulta nº 354/2017, faz uma indevida distinção onde o legislador complementar não fez.

Com base na exposição citada anteriormente, pode-se concluir que as **contribuições extraordinárias** efetuadas em favor de entidades de previdência complementar para *equacionar déficits* apresentados, por não representarem qualquer acréscimo patrimonial, podem ser deduzidas da base de cálculo de incidência tributária pelo Imposto de Renda. Mais certo seria, de tal forma, o reconhecimento da declaração de inexistência de relação jurídica tributária, com a dedução da base de cálculo da totalidade dos valores descontados, independentemente dos limites estabelecidos pela legislação infraconstitucional.

4 Do entendimento jurisprudencial acerca do tema

A matéria vem sendo tratada há algum tempo por nossos tribunais, merecendo transcrição uma das decisões que deram origem à pacificação do assunto no âmbito da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais – **Tema nº 171**.

Em tal decisão, envolvendo a Fundação Banrisul de Seguridade Social, o Eg. TRF da 4ª Região assim tratou do tema:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE VALORES. CONTRIBUIÇÕES EXTRAORDINÁRIAS PAGAS À FUNDAÇÃO BANRISUL QUE SUPEREM O LIMITE DEDUTÍVEL DE 12%. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. 1. A contribuição extraordinária para a Fundação Banrisul de Seguridade Social, prevista nos artigos 19, VII, e 26 do Regulamento do Plano de Benefícios I, é destinada ao custeio de *déficits*, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

Previsão no art. 21, da Lei Complementar nº 109/2001. Trata-se de quantia que não visa à formação de reserva matemática, mas a mera recomposição de parcela que foi perdida. Hipótese que configura, por via transversa, redução temporária do benefício percebido, já que a simples redução de valores é vedada pelo art. 21, §2º, da LC 109/2001. 3. A quantia paga à Fundação Banrisul de Seguridade Social a título de contribuição extraordinária instituída em razão de déficit do plano não configura acréscimo patrimonial, de modo que os contribuintes possuem direito à dedução do valor correlato da base de cálculo do imposto de renda. 4. Recurso da parte autora provido. (TRF4 – 5ª TRRS – RC 5019779-48.2017.4.04.7100 – Rel. Oscar Valente Cardoso – DJe 01/08/2017).

No âmbito dos Juizados Especiais Federais, a controvérsia foi definitivamente encerrada com decisão proferida pela Turma Nacional de Uniformização, conforme Relatório e Voto proferido no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 5008468-36.2017.4.04.7108/RS, da lavra do **Juiz Federal GUILHERME BOLLORINI PEREIRA**, oportunidade em que se firmou a seguinte tese:

As contribuições do assistido destinadas ao saneamento das finanças da entidade fechada de previdência privada podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto sobre a renda, mas dentro do limite legalmente previsto (art. 11, da Lei nº 9.532/97).

Naquele processo, em que se pretendia, na verdade, a declaração de não incidência tributária, com a extrapolação do limite de 12% (doze por cento) para as deduções da base de cálculo do Imposto de Renda dos valores referentes às contribuições destinadas ao saneamento das finanças da Fundação Banrisul de Seguridade Social, a TNU decidiu pela obrigatoriedade quanto ao teto de 12% previsto no artigo 11, da Lei nº 9.532/97, não sem antes deixar pacificado que **tais contribuições podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto sobre a renda**.

Desse modo, a questão que restou a ser ainda discutida, em nível de Recurso Extraordinário, se refere exclusivamente à possibilidade de ser ou não extrapolado aquele referido limite percentual,

uma vez que as contribuições extraordinárias representam verdadeira redução do benefício, o que implica **não incidência tributária**. No que diz respeito à possibilidade de dedução dos valores vertidos às entidades fechadas de previdência complementar da base de cálculo do imposto sobre a renda, no limite da legislação infraconstitucional, a matéria restou pacificada.

Conclusão

Antes de alinharmos as conclusões acerca do presente estudo, cumpre registrar que a questão referente à não incidência tributária ainda não foi objeto de decisão definitiva, uma vez que, ao julgar o RE 1.108.944/RS, o Supremo Tribunal Federal, com voto conduzido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu não se tratar de tema constitucional a desafiar o referido Recurso Extraordinário, razão pela qual a Corte Suprema não teria competência para analisar o caso. De tal forma, não foi ainda dirimida em definitivo a questão referente a ingressarem ou não tais contribuições extraordinárias no patrimônio dos participantes e assistidos dos planos de previdência complementar. Caso o entendimento definitivo venha a ser adotado no sentido de que tais valores não representam qualquer acréscimo patrimonial, a hipótese será então de não incidência tributária, afastando-se, inclusive, o limite de dedução de 12% (doze por cento) dos rendimentos brutos, previsto no artigo 11, da Lei nº 9.532/97. Em sentido contrário, caso venha a se firmar o entendimento de que se trata efetivamente de acréscimo patrimonial os valores que são em seguida descontados dos participantes e assistidos, manter-se-á, assim, a isenção na forma prevista na legislação infraconstitucional mencionada.

Após salientadas as questões citadas anteriormente, pode-se concluir, de tudo o que foi exposto anteriormente de forma consolidada, que o entendimento firmado pela jurisprudência dominante dos órgãos jurisdicionais competentes para apreciação da matéria se dá, minimamente, no sentido de que as contribuições extraordinárias destinadas ao custeio de déficits apresentados por entidades de previdência complementar devem receber o mesmo tratamento das contribuições ordinárias, ambas previstas nos incisos I e II, do artigo 19, da Lei Complementar nº 109/2001.

Tais contribuições extraordinárias, considerando o fato de possuírem natureza jurídica idêntica daquelas previstas expressamente na legislação de regência – normais –, merecem tratamento isonômico, sendo permitido aos participantes e assistidos dos planos de previdência complementar que apresentam déficits cober-

tos por essas contribuições se beneficiar da dedução de tais parcelas da base de cálculo do Imposto de Renda, limitado tal abatimento em 12% (doze por cento) dos rendimentos brutos, tudo na forma do que prevê a norma do 11, da Lei nº 9.532/97.

Referências

- | | |
|---|--|
| ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária , 6. ed. 19ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2019. | MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário , 12. ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. |
| CARNEIRO, Claudio. Curso de Direito TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO , 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. | TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário , 11. ed. Atualizada até a publicação da EC nº 42, de 19/12/2003. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. |

Funcionamento sistema de precedentes (*Stare Decisis*) – experiência direito bancário – desafios inteligência artificial

Jeremias Pinto Arantes de Souza

Advogado da CAIXA em São José dos Campos/SP

Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Anhanguera / SP

RESUMO

Este trabalho tem o escopo de trazer o contexto histórico e normativo do sistema de precedentes no Brasil, passando pelo efeito vinculante inserido no ordenamento jurídico pelo CPC de 2015. Feito isso, através de casos concretos, visa incentivar o cuidado necessário para enquadramento dos precedentes judiciais. Objetiva, ainda, uma reflexão sobre a forma para superação de precedentes. Primeiro, passa-se pelo histórico do sistema e são abordados, sucintamente, os institutos do direito norte-americano denominados *distinguishing* e *overruling*. Posteriormente, trata-se do fundamento jurídico do precedente, a razão de decidir. Feito isso, são tratados os fundamentos constitucionais para existência do sistema, após o que é demonstrada a importância legal dos precedentes, principalmente a partir do CPC de 2015, e, consequentemente, a relevância prática da superação, da distinção e do devido enquadramento. Depois disso, discorre-se sobre os direitos fundamentais relacionados ao funcionamento do sistema, bem como sobre os precedentes como norma jurídica, inclusive com efeito vinculante em algumas hipóteses. Na sequência, são indicados dispositivos legais que impõem a observância acurada dos precedentes, seja para superação, seja para distinção, seja para enquadramento. Continuando, são abordadas as seguintes características obrigatórias das decisões: uniformidade, estabilidade, coerência e integridade. Partindo para a conclusão da pesquisa, o leitor é chamado para uma reflexão sobre o controle difuso de constitucionalidade de precedentes obrigatórios e, exemplificativamente, tratadas diversas situações do cotidiano do direito bancário. Por fim, são

apontados o tamanho do desafio e as alternativas para utilização da inteligência artificial no sistema de precedentes.

Palavras-chave: Precedente Obrigatório. Aplicabilidade Normativa. Direito Bancário. Inteligência Artificial.

ABSTRACT

This work has the scope of bringing the historical and normative context of the precedent system in Brazil, passing through the binding effect inserted in the legal system by the CPC of 2015. Having done this, through specific cases it aims to encourage the necessary care for framing the judicial precedents. It also aims at reflecting on how to overcome precedents. First, we deal with the historical of the system and covered briefly the institutes of North American law called distinguishing and overruling. After of the *ratio decidendi* of the precedent, the reason for deciding. Having done this, we deal with the constitutional foundations for the existence of the system, after which the legal importance of the precedents is demonstrated, mainly from the CPC of 2015, and consequently, the practical relevance of overcoming, of the distinction and of the right application. After that, the fundamental rights related to the functioning of the system are discussed, as well as the precedents as a legal norm, even with binding effect in some cases. In the sequence, legal provisions are indicated that impose the strict observance of precedents, either for overcoming or for distinction or for framing. Continuing, the following mandatory characteristics of decisions are addressed: uniformity, stability, coherence and integrity. Starting with the conclusion of the research, the reader is called for a reflection on the diffuse control of constitutionality of mandatory precedents and a lot of examples of banking law situations are treated. Finally, the size of the challenge and alternatives for the use of artificial intelligence in the precedent system is pointed out.

Keywords: Precedent Required. Normative Applicability. Banking Law. Artificial Intelligence.

Introdução

Os operadores do direito enfrentam no dia a dia a complexidade do devido enquadramento dos precedentes judiciais às

peculiaridades do caso concreto. Deixando isso claro, basta notar que muitos dos entendimentos sumulados não permitem sequer a identificação do seu fundamento jurídico.

Como exemplo, temos a súmula 565, do STJ, que assim estabelece:

A pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, é válida apenas nos contratos bancários anteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008.

Contudo, analisando seus precedentes, em especial o julgamento de recurso repetitivo que a antecedeu, verificamos que sua razão de decidir está vinculada à norma aplicável à pessoa física, ou seja, não há precedente em relação à tarifa cobrada de pessoa jurídica. Não consta no enunciado em apreço, por exemplo, que sua aplicabilidade se restringe à pessoa física e, assim sendo, não consta a razão de decidir apta a caracterizar um precedente.

A Resolução CMN 3.518-2007, a qual serviu de fundamento para o entendimento sumulado, trata de tarifas cobradas de serviços prestados a pessoas físicas e não, jurídicas. Vejamos alguns dispositivos da norma:

Art. 1º A cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário.

§ 1º Para efeito desta resolução:

I - considera-se cliente a pessoa que possui vínculo negocial não esporádico com a instituição, decorrente de contrato de depósitos, de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, de prestação de serviços ou de aplicação financeira;

II - os **serviços prestados a pessoas físicas** são classificados como essenciais, prioritários, especiais e diferenciados;

Art. 2º É vedada às instituições de que trata o art. 1º a cobrança de **tarifas pela prestação**

de serviços bancários essenciais pessoas físicas, assim considerados aqueles relativos a:

Neste sentido, decisão do STJ sob o rito dos recursos repetitivos que embasou a súmula 565:

...

9. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: **Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativa-mente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária.** Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira;

... **RESP 1.255.573** (grifo nosso)

Outrossim, não raras vezes nos deparamos com precedentes indevidamente utilizados por todos os operadores do direito, sejam advogados, promotores, juízes, órgãos colegiados inteiros, entre outros.

A título de exemplo, vejamos a citação de precedente da Sbdi-1, do TST, na seguinte decisão proferida por Turma do TRT9 no RO 0000287-10.2013.5.09.0655:

...

Passo à análise da prova oral.

A Sra. ..., testemunha da Autora, esclareceu que *“os chefes da depoente eram o gerente geral e*

gerente de atendimento (função diversa de supervisora de atendimento); 6 - a parte autora não tinha subordinados; [...] parte autora e tesoureiro eram subordinados à RERET de Cascavel e acredita que não havia hierarquia entre eles; 29 - acredita que o tesoureiro não se reportava à parte autora; [...] até onde sabe a chave do cofre ficava com o tesoureiro; 36 - **a parte autora também orientava e supervisionava o atendimento, orientando o fluxo nos caixas**” (fls. 2721-2722).

A testemunha da Ré, Sr. ..., disse que era subordinado à Autora e acredita que o tesoureiro também o fosse. Acrescentou que “o trabalho da parte autora além de orientar e supervisionar o trabalho do depoente, também orientar e supervisionar dos terceirizados (dois) que faziam o trabalho de caixa (recebimento/pagamento); 7 - era o tesoureiro o responsável pelo suprimento na bateria de caixas; 8 - na prática o tesoureiro era subordinado à parte autora, pois qual-quer dúvida tinha de recorrer a ela; [...] indagado se a parte autora dava/poderia dar ordens ou apenas distribuía as tarefas aos seus subordinados o depoente disse que fazia os dois” (fls. 2722-2723).

Destaco que, diante da análise da prova oral, não restou comprovado que a Autora detivesse poderes de mando e comando, agindo como se fosse o empregador ou, ainda, que tivesse grau de fidúcia elevado para tomar decisões importantes, com plena liberdade, a ponto de comprometer o empreendimento, o que configuraria o real desempenho de cargo de confiança.

A Reclamante, a meu sentir, era subordinada ao gerente geral da agência, e não tinha autonomia para tomar decisões sem se reportar ao superior hierárquico. **Pondero, ademais, que ainda que se considere que a Reclamante tivesse subordinados e até pudesse dar algumas ordens, esse fato, por si só, não a caracteriza como exercente de cargo de confiança que justifique seu enquadramento na exceção do**

artigo 224, § 2º, da CLT. Por óbvio que, em decorrência de receber a gratificação de função, a Autora detinha maior responsabilidade perante os demais empregados do setor, podendo inclusive dar ordens e distribuir tarefas, sem que, entretanto, esse fato configure a tomada de decisões importantes a ponto de comprometer os rumos do empreendimento, tratando-se de meras atividades de rotina.

Independentemente da nomenclatura da função exercida, concluo que a Autora não detinha a fidúcia especial necessária para configuração da hipótese do art. 224, § 2º, da CLT e, neste rumo de ideias, refiro que a gratificação percebida quitava apenas o acréscimo de tarefas e responsabilidades decorrentes do exercício do cargo.

Destaco que, embora o exercício do cargo de confiança bancário não exija amplos poderes de mando e gestão, de forma a que o empregado se substitua ao empregador na coordenação da atividade empresária, o exercício de atividades de mera rotina permanente do Banco, sem que o empregado se destaque em confiança dos demais, não é suficiente para a aplicação da referida exceção legal. No caso em tela, o requisito objetivo foi cumprido, mas, em relação ao subjetivo, é imperioso concluir que a prova é favorável à Reclamante.

Observo, ademais, que as funções exercidas eram meramente técnicas, não abarcando atividade de direção ou comando ou diferenciadas que possam revelar o exercício de uma função de confiança.

A propósito, o TST:

“HORAS EXTRAS - BANCÁRIO - CARGO DE CONFIANÇA - ARTIGO 224, § 2º, DA CLT - **SUBORDINADOS - AUSÊNCIA** - 1. A configuração de função de confiança bancária (artigo 224, § 2º, da CLT), a excepcionar a empregada bancária da jornada de trabalho de seis horas diárias, exige a inequívoca demonstração de grau maior de fidúcia no exercício das funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, não

sendo suficientes o pagamento de gratificação de 1/3 do salário do cargo efetivo e a denominação da função ocupada pela empregada. 2. Não se configura o exercício de função de confiança bancária se o Tribunal de origem, embora informe que a empregada exercia a função de gerente residente e que percebia gratificação superior a 1/3 do salário efetivo, deixa consignado que ela **não tinha subordinados e não enumera atividades que demonstrassem estar investida de poderes de mando e gestão**". (TST - ERR 502.898/98.9 - SBDI 1 - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 01.04.2005)
... (grifos nossos)

Note-se que a própria decisão do TRT9 no caso concreto transcreve prova testemunhal e reconhece que o cargo exercido pela reclamante detinha subordinados e poderes de mando e gestão (podia dar ordens). Contudo, ao mesmo tempo cita precedente da SbdI-1, do TST onde consta, expressamente, que o fundamento jurídico é justamente a ausência de subordinados e poderes de mando e gestão.

Estamos diante de razões de decidir diversas e incompatíveis. O caso concreto tem fundamento fático na existência de subordinados e poderes de mando e gestão, enquanto o precedente invocado tem fundamento fático exatamente no sentido contrário, ou seja, na ausência destes mesmos fatos. Caso concreto fato positivo e precedente fato negativo. Água e vinho. Situações diametralmente opostas.

Neste contexto, fica claro o tamanho do desafio na aplicação da inteligência artificial para identificação de precedentes aplicáveis ao caso concreto.

Pensando nisso, este trabalho visa incentivar a busca do devido enquadramento (exige, se for o caso, superação ou distinção) dos precedentes judiciais às teses do dia a dia, sejam de defesa, sejam de ataque, sejam de julgamento, inclusive através da inteligência artificial.

Começaremos com o contexto histórico na utilização de precedentes nos sistemas da *common law* e da *civil law*.

Feito isso, passaremos à análise do fundamento jurídico do precedente, também chamado de razão de decidir ou *ratio decidendi* ou *holding*. Traremos então, pormenorizadamente, as normas constitucionais que justificam a existência do sistema de precedentes.

Demonstraremos a importância conferida pelo CPC em diversos dispositivos aos precedentes, deixando clara a importância da sua devida aplicabilidade.

Neste contexto, indicaremos os direitos fundamentais que determinam o correto funcionamento do sistema, trazendo ainda os precedentes como norma jurídica, inclusive com efeito vinculante em algumas situações específicas.

Serão então indicados dispositivos legais que impõem a observância acurada dos precedentes, seja para superação, seja para distinção, seja para enquadramento, bem como abordados sucintamente os institutos do direito norte-americano denominados *distinguishing* e *overruling*, relacionados às duas primeiras hipóteses.

Passamos, na sequência, para a abordagem das seguintes características obrigatórias das decisões: uniformidade, estabilidade, coerência e integridade.

Partindo para a conclusão da pesquisa, o leitor será chamado para reflexão a respeito da forma de superação de precedentes obrigatórios.

Exemplificativamente, trataremos de situações do cotidiano do direito bancário.

Por fim, serão apontados o tamanho do desafio e as alternativas para aplicação da inteligência artificial no sistema de precedentes.

1 Histórico do sistema de precedentes no Brasil

Sempre bom lembrar que o sistema de precedentes no Brasil vem sendo construído há mais de 150 anos, sendo que temos 200 anos desde a independência do país, não havendo que se falar em qualquer incompatibilidade com o sistema da *civil law*.

No final do Império, há aproximadamente 150 anos, já existiam os denominados assentos, que eram emitidos com força vinculante pelo Supremo Tribunal de Justiça, nome que era dado ao Supremo Tribunal Federal na época¹, na mesma linha das súmulas vinculantes, introduzidas na Constituição de 1988 por emenda constitucional do ano de 2004.

Em 1891, quando da primeira República do Brasil, foi criado o controle de constitucionalidade difuso, instituto relacionado ao sistema de precedentes, levando em conta a hierarquia estabelecida entre os órgãos do Poder Judiciário. No controle

¹ <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/os-assentos-i/266143>

difuso de constitucionalidade então criado, como é até hoje (observando-se a cláusula de reserva de plenário), qualquer juiz poderia reconhecer a inconstitucionalidade da norma, mas caberia ao Supremo Tribunal dar a última palavra.

Já no ano de 1961 são criadas as súmulas do Supremo Tribunal com efeito persuasivo aos órgãos inferiores por questão de política judiciária.

Neste contexto, fica claro que o sistema de precedentes no Brasil não surgiu do nada, tendo sido construído ao longo de mais de 150 anos, fazendo parte da evolução histórica do país.

Bom lembrar ainda que, dos 1.000 anos do sistema da *common law*, os precedentes obrigatórios existem naquele sistema há menos de 150 anos.

Tudo isso deixa clara a imprecisão da comum afirmação de que o sistema de precedentes foi criado para o *common law*, sendo incompatível sua aplicação no *civil law*.

Por fim, importante que fique claro que positivismo jurídico e *civil law* não guardam qualquer incompatibilidade com o sistema de precedentes, considerando aqui tanto os precedentes vinculantes como os persuasivos. E isso porque é a lei que determina a observância dos precedentes, o que é puramente positivismo jurídico e *civil law*.

2 Experiência norte americana

No direito norte-americano, no âmbito do *stare decisis*, temos os mecanismos que versam sobre a dinâmica dos precedentes, denominados *distinguishing* e *overruling*.

O *distinguishing* pode implicar no afastamento do precedente judicial devido a especificidades/distinção do caso concreto (*restrictive distinguishing*) ou pode gerar o contrário, ou seja, a aplicação do precedente (*ampliative distinguishing*).

Exemplo de *ampliative distinguishing* consta no item 4 deste trabalho, quando tratamos da razão de decidir do RE 590415 e sua aplicabilidade a todos os casos de renúncia/quitação ampla de direitos trabalhistas previstas em acordo ou convenção coletiva, independentemente da vinculação do caso concreto com plano de demissão voluntária, plano de cargos e salários, plano de apoio à aposentadoria, etc.

Já de *restrictive distinguishing* mais abaixo, no item 8, é trazido exemplo sobre inaplicabilidade da súmula 121, do STF, que versa sobre capitalização mensal de juros, ao sistema bancário.

O *overruling* diz respeito ao afastamento total (superação/revogação/anulação) do precedente judicial. Abaixo, no item 8, trazido entendimento do autor do presente trabalho, no sentido de que houve superação da súmula 286 pelo STJ ao proferir decisões posteriores que reconhecem a devida observância da vedação legal ao comportamento contraditório.

A importância da aplicabilidade dos precedentes é preocupação da doutrina norte-americana, como traz no artigo *Stare Decisis*, de Edward D. Re, Professor na Faculdade de Direito da St. John's University – New York e Juiz Presidente Emérito da Corte de Comércio Internacional dos E.U.A., em tradução de Ellen Gracie Northfleet:

...

Naturalmente as questões suscitadas num processo derivam dos fatos apresentados. Os fatos do caso, conseqüentemente, são da maior importância. A máxima latina *ex facto oritur jus* nos afirma que o direito deriva dos fatos. As seguintes observações do Professor Brumbaugh são de especial relevância:

“As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental. Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas peculiares qualidades de justiça, solidez e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretendeu adjudicar. Conseqüentemente, para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem.”

Daí que a autoridade do precedente depende e é limitada aos “fatos e condições particulares do caso” que o processo anterior “pretendeu adjudicar”. Conseqüentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele de-

duzido constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*.

...

3 Fundamento jurídico/razão de decidir/*ratio decidendi*/*holding*

O que deve ser considerado na aplicação de precedente é seu fundamento jurídico/sua razão de decidir/sua *ratio decidendi* seu *holding*. Em contraponto, não deve ser considerado para aplicação do precedente a parte da decisão chamada de *obiter dictum*/fundamentação de passagem.

Ao nosso pensar, em uma decisão com dois fundamentos para a solução jurisdicional, mesmo que se retire um deles e a solução se mantenha intacta, isso não significa que aquele fundamento não foi a razão de decidir. Na verdade, teremos duas razões de decidir. Nesse sentido enunciado 173, do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC².

Veja-se que não necessariamente devem estar presentes todos os mesmos fatos para a mesma solução jurisdicional, mas apenas os fatos determinantes para aquela motivação jurídica.

Nas palavras precisas de DIDIER JUNIOR (2015, p. 491):

Muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada.

Vamos a um exemplo de distinção ampliativa (*ampliative distinguishing*) da razão de decidir: no RE 590415, o STF decidiu que é válida cláusula de renúncia/quitação ampla de direitos trabalhistas prevista em plano de demissão incentivada definido em negociação coletiva.

O fundamento de fato determinante/fundamento jurídico da decisão do RE 590515 é que a ampla renúncia/quitação em apreço tenha sido aprovada por acordo ou convenção coletiva,

² 173. (art. 927) Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil.

ensejando a necessidade de respeito ao pactuado, sob pena de afronta ao artigo 7º, XXVI, da CF. A razão de decidir não foi o fundamento de fato plano de demissão incentivada. Com efeito, existe precedente para aplicação da mesma solução jurídica para casos de renúncia/quitação prevista em plano de cargos e salários ou em plano de aposentadoria, desde que aprovados em negociação coletiva.

4 Sistema de precedentes pátrio

O sistema de precedentes no Brasil conta com fundamentos constitucionais na igualdade e na segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, da CF³), na tempestividade (artigo 5º, LXXVIII, da CF⁴), na competência do STJ/TST/STF (artigos 102, 105 e 111-A, § 1º, todos da CF c/c 702 e 894, II, ambos da CLT⁵), eficiência do Poder Judiciário (artigo 37, da CF⁶), entre outros.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴ Art. 5º: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (*Inciso acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (*Alínea com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016*)

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho. (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete: (*Redação dada pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954*) (Vide Lei 7.701, de 1988)

Traz efetividade à igualdade na medida em que nem todos os cidadãos dispõem dos recursos necessários para chegar aos Tribunais Superiores. Veja-se que, além de recursos financeiros, faz-se necessário um conhecimento técnico diferenciado para efetiva interposição do Recurso Especial, do Recurso de Revista e do Recurso Extraordinário.

Bom lembrar aqui da jurisprudência defensiva de diversos tribunais que, não raras vezes, levando em conta aspectos meramente formais, afastam a apreciação jurisdicional do objeto do litígio, em que pese o postulado da primazia da solução de mérito trazido expressamente no artigo 4º, do CPC⁷, e efetivado em diversos outros dispositivos do mesmo diploma legal, como no artigo 321⁸.

Na Justiça do Trabalho, temos diversas súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho consolidando jurisprudência defensiva em nítida violação ao princípio da primazia da solução de mérito, a exemplo do emblemático enunciado sumulado 221: *“A admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado”*. Note-se que a não indicação do dispositivo legal não gera prejuízo a nenhuma das partes, o que importa é se há efetivamente ou não previsão legal ou constitucional que embase o suposto direito e não, a indicação expressa do dispositivo do ordenamento jurídico. Negar o conhecimento do recurso de revista por este

Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias:

II - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014)

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁷ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁸ 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.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

fundamento, portanto, apenas implica em negativa de cidadania ao jurisdicionado.

Aliás, o próprio Tribunal Superior do Trabalho parece reconhecer a impertinência da súmula 221 ao editar o enunciado também sumulado 298, II: *“O pronunciamento explícito exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação, e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada violada haja sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto”*.

Consequentemente, o sistema de precedentes evita que dois cidadãos tenham soluções diversas para o mesmo litígio.

Gera segurança jurídica, pois permite que o cidadão saiba como agir de acordo com o ordenamento jurídico minimizando consideravelmente o risco de decisão judicial posterior em sentido oposto. Neste sentido, determinação legal para uniformização de forma estável, íntegra e coerente do entendimento do tribunal contida no artigo 926, do CPC⁹, que será mais à frente aprofundada.

A otimização da duração razoável é identificada ao considerarmos que a observância dos precedentes agiliza o julgamento do caso concreto, já que considera experiência anterior onde se tem o mesmo fundamento jurídico. Ademais, tem íntima relação com mecanismos do CPC em vigor que visam acelerar a solução definitiva da lide, como a tutela de evidência (que independe de risco da demora) e decisão liminar com cognição exauriente (artigo 311, II e parágrafo único, do CPC¹⁰); o julgamento de recurso através de decisão monocrática do relator (artigo 932, IV e V, do CPC¹¹); etc.

⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

¹⁰ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Aqui, pertinente lembramos que grande parte dos processos que abarrotam o Poder Judiciário é de ações de massa, situação em que fica mais claro ainda que o sistema de precedentes auxilia na duração razoável do processo, ensejando a diminuição das demandas submetidas à apreciação jurisdicional e, assim, auxiliando na diminuição do tempo para julgamento de outras demandas.

Importante ainda trazer aqui a distinção entre tempestividade/duração razoável e celeridade. Quanto mais rápido for o processo, melhor, sim. Mas nunca podemos perder de vista a devida prestação jurisdicional. Não é devido que, em nome da celeridade, seja proferida uma decisão inconsistente (característica que será tratada em outro tópico), por exemplo.

Com efeito, o processo não precisa ser necessariamente célere, mas sim tempestivo, em outras palavras, ter a duração razoável necessária para atingir seu objetivo que é prestar a tutela jurisdicional, dizer o direito no caso concreto, o que exige a consistência da decisão que põe fim à demanda.

No que tange à preservação da competência do STF/STJ/TST, há uma ligação com o postulado fundamental da igualdade. Se o precedente do Tribunal Superior não for respeitado pelas instâncias inferiores e não houver efetiva interposição de recurso para apreciação por aquele, será em última análise desrespeitada a última palavra daquele na interpretação da Constituição ou de matéria infraconstitucional.

Relevante notar que o sistema de precedentes auxilia ainda na eficiência do Poder Judiciário, princípio que deve ser alcançado nos termos do artigo 37, da CF, na medida em que permite

¹¹ Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

a solução jurisdicional de um maior número de demandas em um menor espaço de tempo, bem como aplicação das normas devidamente aplicáveis ao caso concreto.

O sistema de precedentes guarda relação ainda com a política judiciária. Na verdade, nem deveria precisar constar em lei que a observância de determinados precedentes é obrigatória, uma vez que decorre de uma questão lógica/de razoabilidade do devido respeito pelo juiz aos órgãos jurisdicionais revisores.

Imagine-se um magistrado que, ciente de decisão do pleno do tribunal a que está vinculado, seja regionalmente, seja tribunal superior, seja o Supremo Tribunal Federal, decide em sentido oposto. Ora, neste caso fica muito claro que há problemas com a decisão de primeiro grau, que deve respeito às instâncias superiores do Judiciário.

O Código de Processo Civil – CPC de 2015 traz, em diversos dispositivos, uma importância maior aos precedentes judiciais que o CPC anterior de 1973. Além dos antes citados, podemos citar o artigo 927, do CPC¹², o qual exige a observância e devida aplicação dos precedentes por todos os órgãos do Poder Judiciário; o artigo 332, do CPC¹³, que permite a improcedência liminar/*prima facie*, sem que sequer seja citada a parte contrária em casos de pedido que não observe o precedente vinculante; o artigo

¹² Art. 927. Os juízes e os tribunais **observarão**:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹³ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

521, IV, do CPC¹⁴, que dispensa caução para execução provisória de decisão pautada em precedente de observância obrigatória; o artigo 496, § 4º, do CPC¹⁵, que dispensa a remessa necessária; o artigo 1.022, parágrafo único, I, do CPC¹⁶, que considera omissa decisão que ignore fundamento jurídico de decisão de observância obrigatória (microsistema de precedentes vinculantes), entre outros.

Neste contexto, o estudo sobre superação, distinção e o devido enquadramento desses às especificidades do caso concreto se fazem ainda mais importantes.

4.1 precedentes judiciais como norma jurídica

Todos os precedentes judiciais que contenham razão de decidir caracterizam norma jurídica, tendo potencial para ao menos influenciar o julgador do caso concreto posterior, contam ao menos com força de persuasão. Neste sentido, inclusive determina expressamente o artigo 489, § 1º, VI, do CPC, ao não considerar fundamentada decisão que “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”.

¹⁴ Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

¹⁵ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

¹⁶ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

Parágrafo único. Considera-se omissa 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;

Note-se que o dispositivo não exige invocação dos precedentes do artigo 927, do CPC, impondo que a decisão judicial considere jurisprudência ou precedente sem qualquer especificação.

De qualquer forma, a consideração pelo magistrado do precedente invocado também é exigida pelo inciso IV do mesmo dispositivo legal ao considerar não fundamentada a decisão que: *“não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”*.

Outro exemplo da carga influenciadora de qualquer precedente se dá na previsão legal para embargos de divergência (artigo 1.043, do CPC) e recurso especial fundamentado em divergência (artigos 105, III, “c”, da CF e 1.029, § 1º, do CPC), como bem lembra DIDIER JUNIOR 2015. Acrescente-se, ainda, o recurso de revista por divergência no âmbito trabalhista (artigo 896, “a” e “b”, da CLT).

Não é irrelevante apontar, também, a importância dos precedentes para atuação dos advogados em recursos e sustentação oral, devidamente apontando ao órgão colegiado, por exemplo, precedente de Tribunal Superior com a mesma razão de decidir que deve ser considerado ou a necessidade de coerência externa da decisão a ser proferida (determinada pelo artigo 926, do CPC, tratado em tópico mais à frente), ou seja, a devida observância de precedentes proferidos por aquele mesmo órgão julgador adotando os mesmos fundamentos jurídicos.

A título de exemplo, pensemos em um acórdão de órgão colegiado fracionário de Tribunal que não reconhece direito a empregado e outro acórdão posterior deste mesmo órgão que, diante do mesmo contexto fático e jurídico (razão de decidir), reconhece o mesmo direito, simplesmente desconsiderando seu próprio precedente. Ao proferir o segundo acórdão sem justificar a superação de seu próprio precedente, o órgão jurisdicional age de forma incoerente, em afronta ao que determina o artigo 926, do CPC.

Vamos a um exemplo do direito bancário. O tema é quebra de caixa. A Câmara do Tribunal reconhece que não existe direito à referida rubrica nos seguintes termos:

...

No item 3.5.3 da norma interna RH 060, com redação vigente em agosto de 2002 e julho de 2003 (fls. 387 e 560), foi estabelecido que *“É vedada a percepção de quebra de caixa por empregado*

designado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança” (destaquei).

E do mesmo item (3.5.3) da mesma norma interna (RH 060), porém com redação vigente em janeiro de 2006 (fl. 1276), consta que “É vedada a percepção de valor relativo à gratificação de caixa por empregado designado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança”, demonstrando que “quebra de caixa” e “gratificação de caixa” é a mesma verba com diferentes nomenclaturas conforme a época em que foi paga.

Por fim, ressalto que o relatório “FUNC C - CONSULTA DADOS DE FUNÇÃO” apresentado pelo reclamante à fl. 34, informa que a parcela “quebra de caixa” foi de fato instituída em 1º/11/1998 e extinta em 1º/1/2004, corroborando

Destaco precedente desta E. 7ª Câmara quanto ao reconhecimento da impossibilidade de cumulação da verba “quebra de caixa” com “gratificação de caixa” atualmente denominada “Função Gratificada Efetiva”, ou “gratificação de função de confiança”: RO 0011871-56.2014.5.15.0046, DEJT 6/7/2017, Desembargadora Luciane Storel da Silva (Relatora), Desembargador Carlos Augusto Escanfella, Desembargador Carlos Alberto Bosco, por unanimidade.

Dou parcial provimento ao recurso do reclamante para afastar a prescrição total pronunciada quanto à pretensão de “quebra de caixa” e no mérito propriamente dito julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial.

...

(TRT15, no RO 0012484-12.2017.5.15.0001, **7ª Câmara**, julgado em 21/01/2020)

Note-se que o fundamento jurídico deste precedente é a existência de vedação em normativo interno que impede o recebimento da rubrica quebra de caixa por empregado designado para cargo em comissão ou função de confiança, o que, diga-se de passagem, foi reconhecido também por 5 das 8 Turmas do TST¹⁷.

¹⁷ RR-894-85.2019.5.12.0022, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 05/03/2021; RR-274-35.2017.5.12.0025, 4ª Turma, julgado em 09/06/2020; Ag-RR-10379-73.2017.5.03.0073, 5ª Turma, Relator

Agora vejamos este outro acórdão, posteriormente proferido pelo mesmo órgão colegiado:

...

MÉRITO

QUEBRA DE CAIXA (COMUM)

Exsurge, do exórdio, o pedido relativo ao pagamento da parcela denominada quebra de caixa, prevista na RH 053, atribuída para cobertura de eventuais diferenças no fechamento diário do caixa, atinentes, também, à função exercida pelo Obreiro. Inócuas as alegações do Recorrente atinentes às terminologias utilizadas, pois não alteram o direito vindicado.

Registra-se, de pronto, que o item 8 da RH 053 estabelece que a remuneração do empregado é composta de salário-padrão e função de confiança e, quando designado para o exercício de cargo em comissão, receberá o salário padrão, a gratificação por exercício de cargo em comissão e CTVA.

O item 8.4, por sua vez, preconiza que “O empregado, quando no exercício das atividades inerentes à Quebra de Caixa, perceberá valor adicional específico a esse título”.

Claro está, portanto, que o empregado, que exerce atividades inerentes à quebra de caixa, faz jus ao recebimento de um adicional específico a tal título, além da gratificação da função de confiança (ou cargo em comissão).

Assim, há previsão no próprio regulamento empresarial acerca da percepção simultânea de quebra de caixa e gratificação da função de confiança (ou cargo em comissão), mesmo porque a finalidade dessas parcelas é distinta. Realmente, a quebra de caixa remunera os riscos da atividade, em virtude de eventuais diferenças no caixa, enquanto a gratificação da função de confiança re-

Desembargador Convocado Joao Pedro Silvestrin, DEJT 18/12/2020; Ag-AIRR-0011460-64.2016.5.03.0179, 7ª Turma, Relator Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT: 01/10/2021; RR-10563-27.2017.5.03.0009. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma. Publicação: 25/10/2019; AIRR-11643-80.2017.5.03.0185, 8ª Turma, rel. Ministra Dora Maria da Costa, v.u., j. 12/02/2020; TST-RRAg-540-59.2015.5.04.0851, 8ª Turma, DEJT 21/05/2021; AIRR-20923-09.2016.5.04.0662, 8ª Turma, DEJT 25/06/2021; Ag-AIRR-0010479-15.2018.5.03.0066, 8ª Turma.

munera a maior complexidade, a fidúcia e responsabilidades do cargo.

No caso vertente, restou incontroverso que o Reclamante exerceu a função de “caixa”, sendo evidente que manuseava numerário e estava, por consequência, sujeito a sofrer perdas. Ademais, o trabalhador era responsável por eventual diferença de valores apurada pela empregadora, conforme dispõe o item 12.3.1 do mesmo regulamento. Está, pois, evidenciado que o Autor exercia as funções de caixa e, considerando o objetivo de remunerar o risco da atividade, frente a eventuais diferenças no fechamento do caixa, não há óbice no pagamento simultâneo das gratificações pelo exercício da referida função e de quebra de caixa, visto que possuem naturezas jurídicas distintas, desde que evidenciado o exercício também simultâneo das atribuições de um e outro posto. Neste sentido, está o entendimento jurisprudencial da Corte Superior Trabalhista, a exemplo:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. PARCELA DENOMINADA ‘QUEBRA DE CAIXA’. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. POSSIBILIDADE. Cinge-se a controvérsia a dirimir se os empregados ocupantes da função de Técnico de Operações de Retaguarda ou Tesoureiro Executivo e que percebem gratificação de função em razão dessa atividade fazem jus ao recebimento da gratificação denominada ‘quebra de caixa’, acaso a sua atividade também se enquadre entre aquelas discriminadas como ensejadoras dessa gratificação. Na hipótese dos autos, é incontroverso que os substituídos ocupavam a função de Técnico de Operações de Retaguarda ou Tesoureiro Executivo, exercendo atividades que envolviam a manipulação de numerário. Constatado que os substituídos, como tesoureiros executivos ou técnicos de operações de retaguarda, desempenhavam atividades de controle e movimentação de numerário, eminentemente caracterizadoras do labor inerente aos trabalhadores que se ativavam na função de caixa - que exatamente por esse motivo, nos termos do regulamento empresarial fazem jus ao recebimento da parcela ‘quebra de caixa’ -, não há óbice ao recebimento simultâneo das gratificações,

uma vez que possuem naturezas jurídicas distintas, pois, enquanto essa última se destina à cobertura de eventuais diferenças na contagem dos valores recebidos e pagos aos clientes, a primeira delas, a gratificação de tesoureiro executivo ou de técnico de operações de retaguarda, possui a finalidade apenas de remunerar a maior responsabilidade atribuída ao empregado. Precedentes desta Corte. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-10365-06.2017.5.03.0036, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 30/08/2019).

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CEF. CAIXA EXECUTIVO. PERCEPÇÃO DA QUEBRA DE CAIXA COM A GRATIFICAÇÃO DA FUNÇÃO. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que é possível o recebimento cumulativo da gratificação pelo exercício de função de confiança com a denominada quebra de caixa pagas pela CEF. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (RR - 543-49.2015.5.06.0013, Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 09/05/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/05/2018).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE, REGIDO PELA LEI 13.015/2014. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. PARCELA “QUEBRA DE CAIXA”. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. POSSIBILIDADE. A percepção pelo Reclamante da gratificação pelo exercício da função de “caixa executivo” não impede a cumulação com o recebimento da verba intitulada “quebra de caixa”, tendo em vista que ambas possuem naturezas jurídicas distintas. De acordo com a Súmula 102, VI, do TST, “O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta”. Assim, considerando que a verba “quebra de caixa” visa remunerar a maior responsabilidade assumida pelo empregado, e não o exercício de cargo de confiança, a condenação ao pagamento concomitante

dessa verba com a gratificação pelo exercício do cargo comissionado de “caixa executivo/caixa/caixa PV” não implica cumulação de cargos. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 10709-95.2015.5.18.0211, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 8.6.2018).

A decisão originária está escoreita, prescindindo de qualquer modificação, inclusive, no que tange ao descabimento de dedução de valores pagos a título de gratificação pelo exercício da função original (ou qualquer outra, como a CTVA), vez que, conforme já dito, trata-se de parcelas com natureza jurídica distinta.

É corolário que a condenação deve observar os afastamentos legais e está limitada ao período que o Autor estiver no exercício da função de caixa, o que deverá ser apurado no momento liquidatório. Sem razão o autor neste particular. Não há que se falar em não incidência de reflexos em horas extras, ante os termos da Súmula nº. 247, TST.

Quanto aos sábados, conforme já é ponto pacífico nesta Casa, ficou decidido no voto prevalente que motivou a decisão da E.SBDI - I do TST, em sede de Incidente de Recursos de Revista Repetitivos - (IRR-849-83.2013.5.03.0138), que as convenções e acordos coletivos dos bancários não deram ao sábado a natureza de repouso semanal remunerado, inexistindo falar-se em verbas reflexas a este mister.

No mais, em se tratando de empregado mensalista, caso do Autor, não há se falar em reflexos da verba postulada em repouso semanais, tendo em vista o disposto no art. 7º, § 2º da Lei nº 605/49.

Todavia, com razão o Reclamante quanto ao valor da verba, merecendo reforma a decisão.

Isso porque é aplicável ao caso a Circular GEARU 55/98, com os reajustes previstos nos instrumentos normativos que se seguiram (“Tabela Rubrica 600”), conforme requerido pelo Autor.

Assim, provejo o recurso autoral, para determinar que o valor de “quebra de caixa” deve considerar a Circular GEARU 55/98/Tabela Rubrica 600.

Reformo.

...

(TRT15, no RO 00109874320185150060, **7ª Câmara**, julgado em 20/08/2020)

Observe-se que este segundo acórdão não traz qualquer distinção para não aplicação do entendimento estabelecido no acórdão precedente, mesmo porque não existe. Tampouco aponta fundamentos para superação. Na verdade, sequer cita a vedação prevista em normativo interno que foi a razão de decidir do precedente com resultado contrário. Com efeito, estamos diante de falta da coerência externa determinada pelo artigo 926, do CPC.

Outra faceta da relevância dos precedentes guarda relação com a identificação da consequência jurídica de determinações legais e constitucionais. Muitas vezes apenas com a leitura da lei ou da Constituição, o operador do direito não consegue extrair precisamente sua normatividade. Daí os precedentes, ao tratar do direito em movimento, digamos assim, auxilia na identificação da força normativa do texto. Em outras palavras, os precedentes ajudam a melhor entender o direito.

Contudo, é imprescindível sempre lembrar de ter um olhar crítico para as interpretações contidas nos precedentes, já que aquelas podem estar eivadas de ilegalidades e inconstitucionalidades, merecendo ser superadas.

O artigo 927, do CPC, impõe a observância pelo Judiciário de determinados precedentes. A maior parte da doutrina afirma que esta espécie de precedente conta com força vinculante, conforme enunciado 170, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC¹⁸.

No mesmo sentido, segue DIDIER JR. 2015: *“No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a ratio decidendi contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC.”*.

Porém, pondera Nelson Nery Junior, em palestra ministrada em simpósio sobre o CPC de 2015, uma crítica a tal entendimento, considerando o postulado da separação dos poderes que impede o positivismo jurisdicional. Tanto seria assim que a súmula vinculante do STF exigiu emenda constitucional, o que nos parece fazer bastante sentido.

Nas palavras de NERY JUNIOR (2018, p. 1.934):

¹⁸ Enunciado 170, FPPC: As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

5. Juízes e tribunais observarão. O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer função típica do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. Observar decisão: a) em RE e RESp repetitivos, b) em incidente de assunção de competência, c) em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), d) entendimento constante da súmula simples do STF em matéria constitucional, e) entendimento constante da súmula do STJ em matéria infraconstitucional (*rectius*: federal) e f) do órgão especial ou do plenário do tribunal a que estejam vinculados os juízes significa que esses preceitos vinculam juízes e tribunais, vinculação essa de inconstitucionalidade flagrante. O objetivo almejado pelo CPC 927, para ser efetivo, necessita de autorização prévia da CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ e TST, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas

devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quis lhe conceder.

No nosso pensar, em que pese sejam relevantes os argumentos pela violação à separação dos poderes, contamos com todos os direitos fundamentais tratados no item anterior para justificar a existência do sistema de precedentes. Logo, como não existem normas absolutas na Constituição, através de interpretação sistemática, o postulado da separação de poderes deve sucumbir às demais normas constitucionais em questão, especialmente igualdade e segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, da CF), duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF), competência do STJ/STF (artigos 102 e 105, ambos da CF), eficiência do Poder Judiciário (artigo 37, da CF), entre outros.

Com razão de decidir semelhante, decidiu o STF na ADI 2418, com inteiro teor publicado em 17/11/2016 e grifos nossos:

" ...

9. Registre-se, desde logo, que, segundo a jurisprudência assentada no STF (por todos, ilustrativamente, o acórdão de lavra do Min. Celso de Mello no RE 681.953, DJe de 09.11.12, com farta indicação de precedentes no mesmo sentido), o instituto da coisa julgada, **embora de matriz constitucional, tem sua conformação delineada pelo legislador ordinário, ao qual se confere a faculdade de estabelecer seus limites objetivos e subjetivos, podendo, portanto, indicar as situações em que tal instituto cede passo a postulados, princípios ou bens de mesma hierarquia, porque também juridicamente protegidos pela Constituição**. É o que ocorre, v.g., nas hipóteses de ação rescisória previstas no art. 485 do CPC/73 (e no art. 966 do CPC/15), em que a coisa julgada fica submetida a outros valores constitucionais considerados circunstancialmente preponderantes, como o da imparcialidade do juiz (incisos I e II), o da boa-fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional (inciso III), o da própria coisa julgada (inciso IV) e, mesmo, o da justiça da sentença quando comprometida por ofensa à literalidade de lei ou por manifesta contrariedade aos fatos ou à prova

(incisos V a IX). É evidente que, como sempre ocorre nessa atividade normativa infraconstitucional de dar concreção a normas constitucionais e, se for o caso, de estabelecer fórmulas para harmonizar eventuais situações de colisão de valores ou princípios de superior hierarquia, a legitimidade da solução oferecida pelo legislador ordinário supõe observância de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, a fim de não comprometer mais do que o estritamente necessário qualquer dos valores ou princípios constitucionais colidentes. 10. À luz das premissas indicadas é que deve ser examinada a legitimidade constitucional do instrumento processual previsto no parágrafo único do art. 741 do CPC/73 e no art. 475-L, § 1º (reproduzidos, como já se enfatizou, nos artigos 525, §§ 12 e 14, 535, § 5º do CPC/15). Há polêmica a respeito dele na doutrina. Por um lado, há os que simplesmente o consideram inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada (v.g.: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 8ª ed., SP, RT, 2004, p. 1156; Dalton Luiz Dallazem, Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, 14:21). É posicionamento que tem como pressuposto lógico – expresso ou implícito – a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de qualquer outro princípio constitucional, inclusive o da supremacia da Constituição, o que não é verdadeiro. Se o fosse, ter-se-ia de negar a constitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como ocorreu no dispositivo em exame, por via de legislação ordinária. Há, por outro lado, corrente de pensamento situada no outro extremo, dando prevalência máxima ao princípio da supremacia da Constituição e, por isso mesmo, considerando insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja

em controle difuso, seja em controle concentrado (v.g.: THEODORO JR., Humberto. “A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 89, jan.-jun. 2004, Belo Horizonte (MG), p. 94D 95). Também essa corrente merece críticas. Ela confere aos embargos à execução uma eficácia rescisória muito maior que a prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC/73, aqui examinado, eficácia essa que, para sustentar-se, haveria de buscar apoio, portanto, não nesse dispositivo infraconstitucional, mas diretamente na Constituição. Ademais, a admitir-se a ineficácia das sentenças em tão amplos domínios, restaria eliminado, de modo completo, pelo menos em matéria constitucional, o instituto da coisa julgada, que também tem assento na Constituição. Comprometer-se-ia também um dos escopos primordiais do processo, o da pacificação social mediante eliminação da controvérsia, pois ficaria aberta a oportunidade de permanente renovação do questionamento judicial de lides já decididas. Ensejar-se-ia que qualquer juiz, simplesmente invocando a inconstitucionalidade, negasse execução a qualquer sentença, inclusive as proferidas por órgãos judiciários hierarquicamente superiores (tribunais de apelação e mesmo tribunais superiores). Em suma, propiciar-se-ia, em matéria constitucional, a perene instabilidade do julgado, dando razão à precisa crítica de Barbosa Moreira:

[...]

In medio virtus. Entre as duas citadas correntes (que, com suas posições extremadas, acabam por comprometer o núcleo essencial de princípios constitucionais, ou o da supremacia da Constituição ou o da coisa julgada) estão os que, reconhecendo a constitucionalidade das questionadas normas (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1.º, do CPC/73), buscam dar-lhes o alcance compatível com o seu enunciado, alcance esse que, todavia, nem sempre é de compreensão unívoca. Há quem sustente que a inexigibilidade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que houver precedente do STF em controle concentrado de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade do preceito

normativo aplicado pela sentença exequenda (v.g.: ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. Revista Dialética de Direito Processual – RDDP n. 4. p. 9-27. São Paulo: Dialética). E há quem vê no texto normativo um domínio 11. A constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 e do §1º do art. 475-L do CPC/73 (semelhantes aos artigos 525, §§ 12 e 14, 535, § 5º do CPC/15) decorre do seu significado e da sua função. São preceitos normativos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram apenas agregar ao sistema processual um instrumento com eficácia rescisória de certas sentenças eivadas de especiais e qualificados vícios de inconstitucionalidade. Não se trata, portanto, de solução processual com a força ou com o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e o instituto da coisa julgada e muito menos para rescindir ou negar exequibilidade a todas as sentenças inconstitucionais.
...

Esclarece NOVELINO MARCELO (2010, p. 144/145):

As regras tradicionais de hermenêutica têm se revelado insuficientes para a solução de colisões entre princípios, cuja superação impõe restrições e sacrifícios a um ou a ambos os lados. A ponderação se apresenta como uma técnica de decisão a ser utilizada para solucionar tais conflitos, sobretudo nos casos difíceis (hard cases). Por meio da ponderação de interesses opostos é estabelecida uma *relação de preferência condicionada* que diz sob quais condições um princípio precede a outro.

4.2 normas sobre devida aplicabilidade de precedentes

Diversos direitos fundamentais impõem a superação, a distinção e o devido enquadramento de precedentes, entre eles o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF¹⁹), a fundamentação

¹⁹ Art. 5º: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

das decisões (artigo 93, IX, da CF²⁰), o controle difuso da constitucionalidade das normas (artigo 1º, parágrafo único e 5º, XXXV, ambos da CF²¹). Ainda a já citada igualdade, entre outros.

Não há que se falar em devido processo legal na utilização de precedente desconsiderando-se o fundamento jurídico deste e os fatos e direitos envolvidos no caso concreto que está sendo julgado.

Da mesma forma, não pode ser considerada fundamentada decisão que não procede com a devida análise do precedente e da sua relação com a hipótese objeto da demanda em voga. Aqui, temos previsão expressa do CPC em vigor contida no artigo 489, § 1º, V e VI, do CPC²².

Diz DIDIER JUNIOR (2015, p. 471) sobre o tema:

É preciso – e exigível – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delinear, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente exigível – que,

²⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (*Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

²¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Art. 5º: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
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.

ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o julgamento. Tudo isso compõe expressamente o dever judicial de fundamentação na forma dos arts. 489, §1º e 927, §1º, CPC.

Através do controle de constitucionalidade das normas, deve ser superado precedente inconstitucional. Ressalte-se aqui que as normas jurídicas englobam as leis, a jurisprudência, os precedentes, a doutrina, etc.

A igualdade constitucional impede que o fundamento jurídico de precedente seja aplicado para caso diverso do por ele considerado. Caso assim o faça, estaríamos tratando situações desiguais de forma igual, violando o tão caro direito fundamental à igualdade material.

Assim bem define DIDIER JUNIOR (2015, p. 469):

É necessário, contudo, ter também em mente a hipótese inversa: a utilização acrítica dos precedentes, sem que se faça o devido cotejo das circunstâncias de fato que o motivaram com as circunstâncias de fato verificadas no caso concreto, pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também o direito a um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas. Com efeito, é também violador da igualdade o comportamento do órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente distintas.

O artigo 896, §§ 1º-A, 7º e 8º, parte final, da CLT, traz expressamente já há algum tempo, entre outros, os seguintes requisitos para caracterizar a decisão paradigma apta a ensejar o cabimento de recurso de revista por divergência jurisprudencial: **a)** indicação do trecho da decisão recorrida que controverge da decisão paradigma, mencionando as circunstâncias que assemelham os fatos e direito - objeto das decisões em análise e; **b)**

decisão paradigma tem que ser atual, não se considerando como tal, julgado ultrapassado por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superado por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

O TST esclarece na súmula de jurisprudência 296 a necessidade de que, para divergência, o acórdão recorrido e o paradigma tratem dos mesmos fatos determinantes²³.

A devida aplicabilidade dos precedentes é ainda determinada em vários outros diplomas legais, conforme diversos dispositivos do CPC em vigor (926, §2º; 927, § 1º; 1.037, §9º; 966, §§5º e 6º²⁴; etc.), do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (255, §2º²⁵), entre outros.

²³ **Súmula nº 296 do TST - RECURSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ESPECIFICIDADE** (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 37 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora **idênticos os fatos que as ensejaram**.

II - Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando **premissas concretas de especificidade** da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso.

²⁴ Exemplos do CPC de 2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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.

Art. 926. **§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.**

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Art. 1.037. **§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.**

Art. 966. (§§ 5º e 6º não existiam na publicação original do NCPC – incluídos pela LEI Nº 13.256, DE 4 DE FEVEREIRO DE 2016)

Vejam-se também os enunciados 306 e 166, ambos do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC a respeito²⁶, que deixam claro que, para aplicar qualquer precedente, é preciso identificar sua razão de decidir e, para tanto, na maior parte das vezes é preciso buscar junto à fundamentação fática e jurídica do voto que prevaleceu para determinada ementa ou súmula.

6 Dever de uniformidade, estabilidade, coerência e integridade das decisões

Os tribunais são legalmente obrigados a manter sua jurisprudência uniforme, estável, coerente e íntegra, conforme determina o artigo 926, do CPC²⁷.

A uniformidade está relacionada com a busca constante em acabar com posições divergentes dentro do mesmo órgão jurisdicional e até mesmo dentro de todo o Poder Judiciário. Não é uniforme jurisprudência que conta com decisões em sentidos divergentes de seus órgãos fracionários, por exemplo. A Turma ou Câmara (órgão fracionário do tribunal) tem o dever de, di-

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.”

²⁵ RISTJ: Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo. § 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita: *(Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)*

§ 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. *(Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)*

²⁶ Enunciado 306, do FPPC: **“O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.”**

Enunciado 166, do FPPC: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.”

²⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

ante de decisões contraditórias de outra Turma ou Câmara, submeter o tema ao órgão superior buscando a uniformização do entendimento daquele tribunal sempre que possível.

Este dever de uniformidade deixa claro como os dispositivos do sistema de precedentes estão inter-relacionados. Exemplificando: como visto anteriormente, o artigo 927, do CPC, traz precedentes de observância obrigatória. Este efeito vinculante acaba por trazer a uniformidade da jurisprudência imposta pelo artigo 926, do CPC, ora em análise. Da mesma forma, também visando à uniformidade do entendimento jurisdicional, é a técnica de julgamentos colegiados não unânimes (artigo 942) e o recurso de embargos de divergência (artigo 1.043).

Aqui, inclusive, pertinente citar uma ideia do brilhante Fredie Didier em *live no Instagram* em 08/07/2020, com a qual eu concordo plenamente por entender que faz todo sentido em interpretação das normas cogentes do CPC.

Vamos à ideia: as súmulas 343, do STF²⁸ e 83, do TST²⁹, esta última por mim acrescentada, não têm espaço no ordenamento jurídico após a vigência do artigo 926, do CPC³⁰, que, como dito, determina a uniformização da jurisprudência. A rescisória é cabível justamente pela violação da norma jurídica (artigo 966, V, do CPC³¹), a qual impõe uniformidade que não existe quando

²⁸ STF, Súmula 343:

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.

²⁹ TST, Súmula 83:

AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONTROVERTIDA

I - Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais. (ex-Súmula nº 83 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida. (ex-OJ nº 77 da SBDI-2 - inserida em 13.03.2002)

³⁰ Aplicável na Justiça Trabalhista, conforme reconhece o próprio TST, no artigo 3º, XXIII, da sua instrução normativa nº 39:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

XXIII - arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais);

³¹ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

V - violar manifestamente norma jurídica;

estamos diante de interpretação divergente. Não é para existir interpretação divergente, quanto mais essa ter o condão de impedir a procedência de ação rescisória.

Temos um exemplo legal na busca dessa uniformidade na justiça laboral vigente desde 1943, qual seja, o cabimento de recurso para tribunal superior diante da divergência do acórdão do Tribunal Regional do Trabalho - TRT de determinada região com precedente, seja do pleno ou de turma, de TRT de outra região ou com decisão da Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho - TST, órgão responsável por pacificar entendimentos sobre a legislação trabalhista, ou com súmula do TST ou com súmula vinculante (**artigo 896, "a", da CLT³²**).

Uma vez uniformizada a jurisprudência, os órgãos fracionários devem respeito àquele entendimento, conforme inclusive determina o artigo 927, V, do CPC³³.

Já a estabilidade guarda ligação com a superação do precedente. Aqui, vale destacar que quanto mais o precedente firmado for consistente (o que será tratado a seguir), tanto mais será estável.

Será adotado aqui o entendimento trazido por Fredie Didier Jr. no sentido de que a coerência e a integridade são elementos da consistência do precedente. Diz DIDIER JUNIOR (2015, p. 478): "No final das contas, o relevante será a soma dos deveres atribuídos ao tribunal a partir dos postulados da coerência e da integridade. A essa soma, a esse amálgama pode-se dar o nome de consistência".

Coerência é a característica daquilo que tem lógica e coesão, quando um conjunto de ideias apresenta nexos e uniformidade. Para que algo tenha coerência, este objeto precisa apresentar uma sequência que dê um sentido geral e lógico ao re-

³² Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;

³³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

ceptor, de forma que não haja contradições ou dúvidas acerca do assunto. A origem da palavra “coerência” está no latim *cohaerentia*, que significa “conexão” ou “coesão”³⁴.

O dever de coerência/coesão impõe a observância do fundamento jurídico de decisões judiciais anteriores proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional (coerência externa - vide exemplo do direito bancário no tópico sobre precedente como norma jurídica), bem como impede que a decisão judicial seja contraditória ou ilógica (coerência interna). A contradição e a falta de lógica referidas são internas à decisão, haja vista que a incorreção, considerando aspectos externos, à exceção de precedente anterior do mesmo órgão, afetará sua integridade, conforme tratado a seguir.

Levando em conta a referida necessidade de coerência externa determinada pelo artigo 926, do CPC, podemos concluir que se trata de precedente vinculante fora das hipóteses do artigo 927, do CPC. O precedente proferido pelo próprio órgão prolator da decisão seguinte é de observância obrigatória, sob pena de incoerência externa vedada pelo sistema de precedentes.

A integridade exige que a decisão judicial esteja de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Não pode ser considerada íntegra decisão que, por exemplo, não observa direitos fundamentais (artigo 5º, da CF), ou seja, é inconstitucional. Também não observa o dever de integridade julgado que afronta normas infraconstitucionais ou precedentes judiciais vinculantes e/ou indicados pela parte, salvo se demonstrada sua revogação/superação/inconstitucionalidade.

Existe aqui íntima relação com a efetividade da jurisdição, já que não se pode pensar em tutela jurisdicional efetiva quando não aplicadas as normas inerentes ao caso submetido ao Poder Judiciário.

5 *Overruling* através de controle difuso de constitucionalidade

A superação do precedente pelo próprio órgão prolator não gera maiores dificuldades. Maior complexidade surge ao pensarmos na superação de precedente por órgão que não foi responsável pela sua criação.

³⁴ <https://www.significados.com.br/coerencia/>

A superação só seria possível pelo órgão prolator do precedente? Sendo positiva a resposta, o cidadão não ficaria em uma posição de fragilidade?

No nosso pensar, haverá prejuízo aos cidadãos caso se exija que a superação possa ser levada a efeito apenas pelo órgão prolator, isso porque, por exemplo, se um juiz de primeiro grau julgar com base em precedente do STJ inconstitucional que deva ser superado, mas que não conte ainda com decisão do mesmo STJ neste sentido, tecnicamente ficaria a parte processual impossibilitada de recorrer ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, uma vez que esses também não poderiam superar o precedente do STJ. Restaria tão somente buscar a revogação do precedente através de pedido à comissão do STJ, contudo, isso não impediria o trânsito em julgado da decisão de primeiro grau proferida no processo em curso.

Pensando em solucionar este impasse, veja-se que se a observância do entendimento do precedente é obrigatória, este tem força de lei com efeitos *erga omnes* e se é assim sobre ele, cabe controle difuso de constitucionalidade, o que permite a conclusão de que é possível a superação por órgão diverso do responsável pela criação do precedente.

Assim defende o ilustre professor e renomado jurista Nelson Nery Junior, em palestra ministrada em simpósio sobre o CPC de 2015, bem como NERY JUNIOR (2018, p. 1.934/1.935):

6. Juízes e tribunais não observarão. O CPC 927 confere aos preceitos arrolados nos incisos III a V natureza de norma geral, de lei, equiparando-os, nos efeitos, à súmula vinculante do STF, este sim com natureza jurídica de norma geral, na forma da CF 103-A. Como os preceitos enumerados no CPC 927 III a V – jurisprudência como lei – são inconstitucionais, juízes e tribunais podem fazer o controle concreto da constitucionalidade desses preceitos. O juiz de primeiro grau pode, sozinho, fazer o controle concreto da constitucionalidade de lei ou ato normativo, contestado em face da Constituição. Entendendo pela inconstitucionalidade, pode deixar de observar o preceito inconstitucional e afastar sua incidência no caso concreto. Nos tribunais é possível fazer o controle da constitucionalidade, observada a reserva de plenário (CF 97 e STF-V 10). Reconhecida a inconstitucionalidade, o tribunal afasta a incidência do preceito enunciado no CPC 927 III

a V para julgar a causa por outros fundamentos. No mesmo sentido, afirmando a inconstitucionalidade do CPC 927 III, IV e V, 1.º FNPT 53: NCP, art. 927, incisos III a V. Decisão vinculativa. Inconstitucionalidade. Os incisos III, IV e V do art. 927 do NCP são inconstitucionais, pois somente a Constituição da República Federativa do Brasil pode autorizar um Tribunal a adotar súmula ou construção jurisprudencial vinculativa dos outros órgãos integrantes do Poder Judiciário brasileiro, ou normas de caráter impositivo, genéricas e abstratas.

Também, a doutrina norte-americana segue no mesmo sentido, conforme artigo *Stare Decisis*, de Edward D. Re, Professor na Faculdade de Direito da St. John's University – New York e Juiz Presidente Emérito da Corte de Comércio Internacional do E.U.A., em tradução de Ellen Gracie Northfleet:

Uma acurada descrição da doutrina do *stare decisis* deverá conter uma declaração das limitações postas à sua aplicabilidade.

Algumas definições adiantadas por aqueles que estudaram a doutrina em profundidade podem ser úteis. Por exemplo, Henry Campbell Black, em seu *Law of Judicial Precedent*, afirmou:

“Uma decisão não faz autoridade em relação a quaisquer questões de direito que não tenham sido suscitadas ou apresentadas perante a Corte e que não tenham sido levadas em consideração e decididas por ela, ainda que estivessem logicamente presentes no caso e possam ter sido abordadas, ainda quando tais questões conduzissem a uma decisão diversa da que foi proferida, se houvessem sido apreciadas pela Corte.”

Black salienta assim a importância das questões apresentadas no caso anterior. Teriam essas questões sido suscitadas, consideradas e decididas? Se não foram, embora pudessem ter sido, a decisão anterior não é um precedente vinculativo.

7 Exemplos de funcionamento do sistema no direito bancário

7.1 Revisão contratual com limitação à taxa de juros média de mercado – *restritive distinguishing*

O STJ sedimentou entendimento de que é possível revisão contratual considerando a taxa de juros média de mercado fixada pelo BACEN. Ocorre que tal alteração do pactuado entre as partes é possível apenas em hipóteses específicas, quais sejam, quando se tratar de relação de consumo e a taxa de juros estiver muito acima da média de mercado.

É o que se extrai do julgamento de recurso repetitivo, Resp 1.061.530 – RS:

...

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.

...

(Resp 1.061.530 – RS, 2ª Seção, julgado em 22/10/2008) (grifos nossos)

...

1.2. A Revisão dos Juros Remuneratórios Pactuados

...

Como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros.

A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas ta-

xas superiores a uma vez e meia (voto proferido pelo Min. Ari Pargendler no REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003), ao dobro (Resp 1.036.818, Terceira Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2008) ou ao triplo (REsp 971.853/RS, Quarta Turma, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007) da média.

Todavia, esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos.

1.3. Taxa aplicável quando reconhecida a abusividade na contratação dos juros remuneratórios.

A questão final atinente a este tópico procura responder ao seguinte problema: constatada a abusividade, qual taxa deve ser considerada adequada pelo Poder Judiciário?

Muitos precedentes indicam que, demonstrado o excesso, deve-se aplicar a taxa média para as operações equivalentes, segundo apurado pelo Banco Central do Brasil (vide, ainda, EDcl no AgRg no REsp 480.221/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 27.3.2007; e REsp 971853/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007).

Esta solução deve ser mantida, pois coloca o contrato dentro do que, em média, vem sendo considerado razoável segundo as próprias práticas do mercado. Não se deve afastar, todavia, a possibilidade de que o juiz, de acordo com seu livre convencimento racional, indicar outro patamar mais adequado para os juros, segundo as circunstâncias particulares de risco envolvidas no empréstimo.

...

(Voto que prevaleceu no julgamento do Resp 1.061.530 – RS, 2ª Seção, julgado em 22/10/2008) (grifos nossos)

Frise-se que o entendimento do STJ é pela possibilidade de revisão dos juros pactuados **apenas para operações que ca-**

racterizem relação de consumo, o que exclui quase que a totalidade das operações firmadas pelas instituições financeiras com pessoa jurídica, portanto, de acordo com decisões do STF (ADI 2591, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006) e das Turmas de Direito Privado do STJ (AgInt no AREsp 555083 / SP, 4ª Turma, de 25/06/19 e AgRg no AREsp 397025 / SP, 3ª Turma, Data do Julgamento: 25/03/2014).

Gize-se, ainda, que a revisão **só é devida quando a taxa contratada estiver muito acima da média de mercado**, sob pena de não existir mais média e sim, um valor fixo, o que fica claro com o item 1.2 do voto que prevaleceu no julgamento pela Segunda Seção do STJ do citado repetitivo Resp 1.061.530 – RS antes transcrito.

Com efeito, há distinção que impede a aplicação dos precedentes do STJ que admitem a revisão contratual considerando a taxa de juros média de mercado para avenças firmadas pelas instituições financeiras com pessoas jurídicas na condição de fomento ao negócio, ou seja, quando a empresa não figura como destinatária final. Também não são igualmente aplicáveis tais precedentes quando, ainda que diante de relação de consumo, a taxa de juros efetivamente contratada não seja exorbitantemente superior à taxa média de mercado.

7.2 Capitalização mensal de juros – súmula 121, do STF – *restritive distinguishing e overruling*

Em abril de 1933, entrou em vigor no Brasil o Decreto 22.626, conhecido como Lei de Usura, que em seu art. 4º proíbe a capitalização de juros no território nacional, nos seguintes termos: “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”.

Em 1963, foi publicada a Súmula 121 do STF, a qual descreve que “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”, e assim foi reforçado o pensamento expressado pela lei anteriormente citada.

Veja-se que o fundamento do STF para aprovação da súmula 121 foi exatamente a referida Lei de Usura (ver figura a seguir).

Aud. de Publ. de 1961

LEI Nº 4.595 - 1964

25-9-61
ELER 1364 TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 147.497 - SÃO PAULO
(E M B A R G O S)

EMBARGANTE : JOAQUIM COELHO DE FREITAS
EMBARGADO : JOSÉ THIMOTEO DE ANDRADE

Leva a interpretação de que a taxa de juros é vedada expressamente, mormente na taxa de 1% ao mês, máximo que se permite cobrar de juros simples.

EMENTA: - Lei de Usura. Capitalização de juros é vedada expressamente, mormente na taxa de 1% ao mês, máximo que se permite cobrar de juros simples.

A C Ó R D ã O

Vistos, etc.

Acorda o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, desprezar os embargos, de acordo com as notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

Brasília, 25 setembro 1961.

BARROS BARRETO - Presidente

No entanto, em 1976 foi aprovada pelo mesmo STF a Súmula 596, *in verbis*:

Súmula 596, STF: As disposições do Decreto 22.626/33 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.

O fundamento jurídico do referido enunciado é que, diante da vigência da Lei nº 4.595, de 1964, houve revogação tácita

da Lei de Usura para as instituições públicas ou privadas, as quais integram o sistema financeiro nacional, tendo em vista que, a partir de então, os encargos deveriam ser regulados pelo Conselho Monetário Nacional – CMN (ver figura abaixo).

Seção de Jurisprudência
Ass. de Publ. de 1911211975

14.11.75

1167 PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 81.692 - SÃO PAULO

RECORRENTE: CAIXA ECONÔMICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDA: PREFEITURA MUNICIPAL DE IACATÉ

EMENTA: 1. As taxas de juros e outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições de crédito já não se acham sob incidência das limitações previstas no Decreto nº 22.626-33, mas, isto sim, ao que dispõe a Lei n. 4.995-64, as deliberações do Conselho Monetário Nacional e as limitações e a disciplina do Banco Central do Brasil, como decidiu, aliás, o STF no RE n. 78.953.

A C Ó R D ã O

Vistos e relatados estes autos de recurso extraordinário nº 81.692, do Estado de São Paulo, em que é recorrente a Caixa Econômica do Estado de São Paulo, e recorrida a Prefeitura Municipal de Iacaté, decide o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, unanimemente, conhecer do recurso para lhe dar provimento, de acordo com as notas juntas.

Brasília, DF, 14 de novembro de 1975.

ELOY DA NOCHA - PRESIDENTE

Neste contexto, a Lei de Usura e o enunciado 121 do STF vinculado tornam-se inaplicáveis contra instituição financeira integrante do sistema financeiro nacional, sendo caso de distinção, conforme artigo 489, § 1º, VI, do CPC.

Ademais, observe-se que a súmula 121, do STF (aprovada na sessão plenária de 13/12/1963), é bem anterior à entrada em vigor da MP nº. 1.963-17, de 30/03/2000, posteriormente em vi-

gor como MP nº. 2.170-36, de 23.8.2001³⁵, bem como da Lei 10.260/01³⁶ e da Lei 4.380/64³⁷, todas permitindo a capitalização mensal de juros, o que afasta a aplicação do precedente jurisprudencial da Suprema Corte para pactos firmados após 31/03/2000, 24/06/2011 e 07/07/2009.



Tal precedente também é inaplicável nos dias atuais pelo simples fato de que não cabe ao STF dar a última palavra em interpretação de Lei Federal e sim, ao STJ, conforme determina a Constituição Federal (artigos 102 e 105, III), sendo que este último entende pelo cabimento da capitalização mensal de juros (súmulas 539 e 541, ambas do STJ³⁸).

A súmula 121, do STF, decorre de precedentes do Supremo Tribunal de uma época em que este analisava matéria federal (como dito anteriormente, os precedentes se baseiam na Lei de Usura), de uma época em que não existia o STJ, o qual foi criado com a Constituição Federal de 05/10/1988.

Com efeito, fica claro que é caso de superação do entendimento sumulado no enunciado 121, do STF.

³⁵ Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

³⁶ Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte: II - juros, capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo CMN;

³⁷ 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.

³⁸ **Súmula 539**

“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 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada” (REsp 1.112.879, REsp 1.112.880 e REsp 973.827).

Súmula 541

“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” (REsp 973.827 e REsp 1.251.331).

Isso corroborando, note-se que o enunciado em apreço, inclusive, não é de observância obrigatória, conforme determina o artigo 927, IV, do CPC, na medida em que não se trata de súmula do STF em matéria constitucional: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;”.

7.3 Comissão de permanência – indevido enquadramento

Sentença em embargos à execução limita a cobrança dos encargos de inadimplência apenas ao índice certificado de depósito interbancário – CDI, trazendo como fundamentos as súmulas do STJ sobre o tema, nos seguintes termos:

...

DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

Inicialmente, importa ressaltar que não há que se falar em substituição da comissão de permanência pela aplicação do INPC, mormente em face do enunciado da Súmula n. 294, do STJ, “Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”.

Por outro lado, os contratos celebrados entre as partes preveem, que em caso de inadimplemento das obrigações assumidas, a incidência da comissão de permanência. Nos termos da CCB n. 82924090, a taxa mensal será obtida pela composição dos custos financeiros de captação em Certificado de Depósito Interfinanceiros – CDI, divulgada pelo Banco Central do Brasil no dia 15 de cada mês, acrescida pela taxa de rentabilidade de até 10% (dez por cento) ao mês (cláusula vigésima quinta – Id-14749498, pág. 17). Na CCB n. 734-4090.003.00001452-0 está previsto que “taxa mensal será obtida pela composição da taxa do CDI divulgada no dia 15 (quinze) de cada mês, a ser aplicada durante o mês subsequente, acrescida da taxa de rentabilidade ao mês de 5% (cinco por cento) do 1º ao 59º dia de atraso, e de 2% (dois por cento) a partir do 60º dia de atraso” e, “Além da comissão de permanência, serão cobrados juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração sobre a obrigação vencida”

A comissão de permanência prevista na Resolução n. 1.129/1986, do Banco Central do Brasil – BACEN, já traz embutida em seu cálculo a correção monetária, os juros remuneratórios e a multa, e juros decorrentes da mora.

Dessa forma, verificado o descumprimento do pactuado é perfeitamente legítima a cobrança da referida comissão, desde que não cumulada com outros encargos relativos à correção monetária e juros. Esse entendimento foi se consolidando ao longo do tempo no âmbito da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e se evidencia nos enunciados das Súmulas n. 30, 294 e 296. Confira-se:

Súmula 30 - A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

Súmula 294 - Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

Súmula 296 - Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

A evolução da Jurisprudência do STJ levou, finalmente, à edição da Súmula n. 472, com o seguinte enunciado:

A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.

Portanto, a comissão de permanência deve ser limitada à taxa de juros contratada para o período da normalidade e não pode ser cumulada com a correção monetária nem com os juros remuneratórios. Tampouco pode coincidir com os encargos decorrentes da mora, como os juros moratórios ou com a multa contratual.

...

A transcrição da súmula 472, do STJ, na própria sentença deixa claro o indevido enquadramento, na medida em que o entendimento sumulado determina que a comissão de permanência “não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato”.

Assim, a sentença não poderia limitar a cobrança apenas ao CDI com fundamento no entendimento sumulado do STJ. Consequentemente, há indevido enquadramento do entendimento do STJ plasmado na súmula de jurisprudência 472, do STJ. Note-se que a decisão em análise afasta a cobrança tanto da taxa referencial - TR como dos juros de mora e da multa contratual, ou seja, limita a cobrança apenas ao CDI.

Além do claro enunciado da citada súmula 472, contamos com julgamento de recurso repetitivo, que interpretou os entendimentos sumulados do Superior Tribunal, afastando qualquer dúvida:

DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES.** DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação.

2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para vigor após o vencimento da dívida.

3. A importância cobrada a título de comissão de permanência 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.

4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro.

5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Acórdão

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha e os votos dos Srs. Ministros Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento em extensão maior do que o voto da Sra. Ministra Relatora. O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão fará declaração de voto para inclusão de observações pessoais. **Para os efeitos do art. 543-C do CPC, a cláusula da comissão de permanência foi considerada válida**, vencida a Sra. Ministra Relatora. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Art. 162, § 2º, RISTJ). Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi e o Sr. Ministro Paulo Furtado.

(REsp. 1.058.114/RS, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 16.11.2010)

Importante destacar que o STJ teve um cuidado de preservar ao máximo a autonomia da vontade entre as partes e por este fundamento apenas limitar a comissão de permanência aos encargos remuneratórios e moratórios legais e contratuais, conforme item 4 da ementa do repetitivo anteriormente transcrito.

Voto vencedor do REsp 1.058.114/RS conclui que o entendimento do STJ pode ser resumido pelos termos da seguinte ementa:

'CONSUMIDOR. MÚTUO BANCÁRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS Nºs 294 E 296 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Vencido o empréstimo bancário, o mutuário permanece vinculado a obrigação de remunerar o capital emprestado mediante os juros contratados, salvo se a respectiva taxa de mercado for menor, respondendo ainda pelos juros de mora e, quando ajustada, pela multa, que não pode exceder de dois por cento se o negócio for posterior ao Código de Defesa do Consumidor; na compreensão do Superior Tribunal de Justiça, **a comissão de permanência é formada por três parcelas, a saber: 1) juros que remuneram o capital emprestado (juros remuneratórios); 2) juros que compensam a demora no pagamento (juros moratórios); e 3) se contratada, a multa (limitada a dois por cento, se ajustada após o advento do Código de Defesa do Consumidor) que constitui a sanção pelo inadimplemento.** Recurso especial conhecido e provido.' (REsp. nº 834.968-RS, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 7.5.2007). (grifos nossos)

Veja-se que não se encontra na atual jurisprudência do STJ proibição para composição da comissão de permanência pela CDI acrescida da taxa de rentabilidade.

Ressalte-se que a previsão da taxa de rentabilidade na composição da comissão de permanência não implica em cobrança de correção monetária ou juros. Na verdade, a taxa de rentabilidade faz parte da própria comissão de permanência, não podendo ser considerada como tal encargo (correção monetária ou juros).

Importante que não se confunda a taxa de rentabilidade – TR, componente da comissão de permanência, com a taxa referencial – TR, índice de correção monetária.

Assim, tanto a CDI como a TR não podem ser afastadas pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao artigo 2º, da Carta Fundamental (separação dos poderes), bem como aos postulados fundamentais da legalidade (artigo 5º, II, da CF) e razoabilidade.

Se algum encargo for ser afastado, seja por ser considerado como correção monetária, seja por outro motivo, deve ser o CDI, não a TR.

Frise-se que não é razoável que, em decorrência da revisão judicial da avença firmada, o devedor inadimplente seja beneficiado com encargos inferiores (apenas CDI) aos devidos no período da adimplência contratual (juros remuneratórios e correção).

Lembre-se aqui que devem ser verificadas as consequências da decisão judicial, conforme determina expressa previsão legal (artigos 20 e 21, ambos da LINDB – DECRETO-LEI nº 4.657/42³⁹). No caso em tela, a limitação à CDI implica em incentivar o ajuizamento de ações revisionais e a inadimplência contratuais, já que beneficia indevidamente o devedor inadimplente, conforme anteriormente demonstrado, o que deve ser considerado pelo magistrado.

Com efeito, caso o juízo reconheça alguma procedência no pedido relacionado à comissão de permanência, deve ser reconhecido o direito da CAIXA cobrar a comissão de permanência da forma como pactuada, contudo limitada (decotada, conforme repetitivo - REsp. 1.058.114/RS) aos valores equivalentes aos juros remuneratórios contratados, juros de mora legais ou contratuais e multa contratual.

Este que é entendimento sumulado nos enunciados 296 e 472, ambos do STJ e constante em decisão do mesmo STJ, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp. 1.058.114/RS), de observância obrigatória, conforme artigo 927, III e IV, do CPC e não, o indevidamente extraído pelo magistrado.

³⁹ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das **possíveis alternativas**. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

7.4 Revisão de pactos extintos por renegociação – *overruling*

A súmula 286 do STJ estabelece que **“a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”**. Tal enunciado foi publicado no mês de maio do ano de 2004.

As decisões do STJ nos REsp 886150/PR, AgRg no REsp 1069460/RS, AgRg no Ag 1335565/RJ e AgRg no REsp 1082738/SC⁴⁰, entre outros, publicadas respectivamente nos anos de 2007, 2009, 2010 e 2011, estabelecem que a extinção da avença pela adjudicação do bem ao credor hipotecário implica na ausência de interesse processual para revisão dos pactos extintos.

Note-se que se falta interesse de agir para revisão de avença onde houve adjudicação da propriedade em favor do credor, com mais razão ainda carece de interesse o mutuário que extingue avença por renegociação/confissão. Afinal, onde cabe mais, leia-se, falta de interesse de agir em face de adjudicação que extingue o pacto e ocorre, independentemente da vontade do mutuário, cabe menos, leia-se, ausência de interesse processual, considerando renegociação/confissão de dívida onde é extinto o pacto com a vontade do mutuário.

Mencione-se de passagem que a ausência de interesse de agir é corroborada também por previsão do CPC, que, em seu artigo 487, III⁴¹ determina a extinção do processo com resolução do mérito em caso de transação entre as partes. Logo, a lide que foi transacionada não pode mais ser objeto de outra ação judicial, uma vez que existe coisa julgada a respeito. Ora, trata-se de

⁴⁰ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SFH. AÇÃO REVISIONAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. SÚMULAS 284/STF E 286/STJ. INAPLICABILIDADE.

1 - **Após a adjudicação do bem, com o consequente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, ficando superadas todas as discussões a esse respeito.**

2 - Inaplicáveis ao caso as Súmulas 284/STF e 286/STJ.

3 - Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1082738/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 11/04/2011, grifei)

⁴¹ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

III - homologar:

b) a transação;

caso idêntico ao caso de extinção por renegociação/confissão de dívida, devendo, portanto, ser aplicado o mesmo raciocínio, qual seja, a dívida transacionada extrajudicialmente não pode mais ser discutida judicialmente.

Temos ainda os REsp 141.879/SP, REsp n.º 95539-SP e REsp 1217951/PR, entre outros, com decisões publicadas, respectivamente, nos anos de 1998, 1996 e 2011, onde o STJ reconhece o *venire contra factum proprium*, com raciocínio perfeitamente aplicável para superação da súmula 286 em questão, levando em conta o comportamento contraditório na pretensão de rever judicialmente avença extinta pela renegociação entre as partes, renegociação esta que sempre traz algum benefício ao mutuário, levando em conta desconto para parcelamento, afastamento de vencimento antecipado da integralidade do saldo devedor, elastecimento do prazo originalmente contratado, etc.

Com efeito, existe *overruling* pelo próprio STJ da súmula 286, publicada no mês de maio do ano de 2004, considerando decisões posteriores do superior tribunal pela falta de interesse de agir para rever pactos extintos, bem como pela vedação de comportamento contraditório.

8 Desafios da inteligência artificial

O Judiciário, promotores, procuradores e advogados públicos não raramente lidam com temas que se repetem incontáveis vezes em demandas judiciais.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a maior parte dos processos que correm perante o Poder Judiciário advém de demandas repetitivas (maior litigante, seja como demandante ou como demandado, é entidade estatal – administração pública direta e indireta).

A inteligência artificial é uma realidade que vem sendo implantada nos tribunais brasileiros, a exemplo do sistema VICTOR do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, se faz necessária problematização vinculada à utilização da inteligência artificial no *stare decisis*.

Essa inteligência artificial consiste basicamente na programação para que um software identifique um padrão previamente estabelecido e gere determinado resultado.

No funcionamento do sistema de precedentes, podemos pensar, por exemplo, na identificação de determinado assunto na petição inicial que gere ao operador do direito os precedentes vinculados. Ou, indo ainda mais longe em prol da duração

razoável do processo, pensar que essa mesma identificação gere uma decisão judicial pronta aplicando as normas vinculadas (dispositivos legais e constitucionais e precedentes vinculantes e persuasivos), o que parece ter sido iniciado através do sistema Sócrates, do Superior Tribunal de Justiça⁴².

Levando em conta toda a dificuldade de enquadramento de precedentes que é mote principal deste trabalho, sendo necessário, não raras vezes, buscar no voto condutor a razão de decidir, já fica bem claro o tamanho do desafio que temos pela frente.

Considerando que a inteligência artificial funciona parametrizando dados com os quais é alimentada, o chamado *data set*, será necessário um banco de dados constantemente atualizado com precedentes, onde haja indicação clara do fundamento jurídico da conclusão jurisdicional adotada.

Ademais, levando em consideração os direitos fundamentais à transparência, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, entre outros, deverá constar na decisão judicial do caso concreto que aquele precedente foi aplicado através da utilização de inteligência artificial, permitindo que o cidadão saiba com o que está lidando. Neste sentido, inclusive determinam os artigos 18 e 25, parágrafo único, V, ambos da Resolução 332, de 21/08/2020, do CNJ:

Art. 18. Os usuários externos devem ser informados, em linguagem clara e precisa, quanto à utilização de sistema inteligente nos serviços que lhes forem prestados.

Parágrafo único. A informação prevista no caput deve destacar o caráter não vinculante da proposta de solução apresentada pela Inteligência Artificial, a qual sempre é submetida à análise da autoridade competente.

Art. 25. Qualquer solução computacional do Poder Judiciário que utilizar modelos de Inteligência Artificial deverá assegurar total transparência na prestação de contas, com o fim de garantir o impacto positivo para os usuários finais e para a sociedade.

⁴² <https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/adriana-durso-inteligencia-artificial-servico-justica>

Parágrafo único. A prestação de contas compreenderá:

V – a demonstração de efetiva publicidade quanto à natureza do serviço oferecido, técnicas utilizadas, desempenho do sistema e riscos de erros.

Outrossim, em atenção aos mesmos postulados constitucionais e, em especial, ao contraditório no seu caro aspecto material (não basta ser ouvido, devendo ser efetivamente considerados os argumentos trazidos para a solução do litígio) e à duração razoável do processo (que, como visto no capítulo sobre os fundamentos constitucionais do sistema de precedentes, se difere e muito da celeridade processual a qualquer custo), não deve ser usada a inteligência artificial para julgamento de embargos de declaração, sob pena de repetição do mesmo equívoco que gerou os declaratórios e evidente prejuízo ao cidadão.

Conclusão

Conclui-se que não há qualquer incompatibilidade do sistema de precedentes com o positivismo jurídico, levando em conta a evolução histórica do *civil law* e do *common law*, bem como que há diversos fundamentos constitucionais para existência do *stare decisis* no Brasil, inclusive com precedentes vinculantes, quais sejam, igualdade e segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, da CF), duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF), competência do STJ/STF (artigos 102 e 105, ambos da CF), eficiência do Poder Judiciário (artigo 37, da CF), entre outros.

Outrossim, o Código de Processo Civil – CPC de 2015 traz em diversos dispositivos uma importância maior aos precedentes judiciais. Podemos citar os artigos 927, 332, 521, IV, 496, § 4º, 1.022, parágrafo único, I, 4º e 321, todos do CPC.

Ademais, há diversos postulados constitucionais e dispositivos legais, assim como entendimentos sumulados e doutrinários que exigem a superação, a distinção e o devido enquadramento de precedentes judiciais ao caso concreto, a exemplo do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF), da fundamentação das decisões (artigo 93, IX, da CF), do controle difuso da constitucionalidade das normas (artigo 1º, parágrafo único e 5º, XXXV, ambos da CF), do já citado direito fundamental à igualdade, do artigo 489, § 1º, V e VI, do CPC, do artigo 896, §§ 1º-A, 7º e 8º, parte final, da CLT, da súmula de jurisprudência 296, do TST, dos artigos 926, §2º; 927, § 1º; 1.037, §9º; 966, §§5º e 6º,

todos do CPC, do artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, dos enunciados 306 e 166, ambos do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

Neste diapasão, o artigo 926, do CPC, com seus princípios hermenêuticos da uniformidade, estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais, está intimamente ligado ao tema, especialmente quando se trata de decisões divergentes proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional em evidente afronta ao direito fundamental da igualdade, sendo que o desrespeito a tais postulados implica em risco considerável ao Estado Democrático de Direito.

Como demonstrado, quando não devidamente observados os fundamentos fáticos e jurídicos dos precedentes judiciais, não é possível que esses sejam devidamente aplicados ao caso concreto.

Ademais, sob pena de injustiça/inconstitucionalidade, devem ser superados precedentes judiciais inconstitucionais, ainda que obrigatórios, em especial aqueles que afrontem expressa previsão legal, já que nenhum cidadão é obrigado a fazer o que a lei não determina.

Assim, este texto visa incentivar a busca da superação, da distinção e do devido enquadramento dos precedentes judiciais pelos operadores do direito, considerando as teses do dia a dia, sejam de defesa, sejam de ataque, sejam de julgamento, inclusive através da utilização de inteligência artificial.

Referências

COLLODEL, Keeity Braga; PINHEIRO, Alessandra Hoffmann de Oliveira. Eficácia temporal das súmulas e a segurança jurídica. **Revista de Direito da ADVOCEF**. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.25, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil teoria geral do processo e processo de conhecimento**, Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria**

da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira-10. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

LEMONS, Vinicius Silva. Os precedentes judiciais e suas técnicas de superação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito da ADVOCEF**. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.21, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico] / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. — 3. ed. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 4. ed., São Paulo: Método, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Live no Instagram em 08/07/2020 com Lenio Streck**.

NERY JUNIOR, Nelson. CFC - Simpósio - **O Novo CPC e os impactos no processo do trabalho Conferência – A Força dos Precedentes Judiciais no Estado Federativo** – 15 e 16 de setembro de 2014 – Palestrante Nelson Nery Junior, <https://www.youtube.com/watch?v=IxXIPKureAc>.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Conceitos Fundamentais do Sistema de Precedentes Judiciais** - FREDIE DIDIER JR., publicado em 03/07/2020, Palestra no XIV Fórum Jurídico da UNIPAM EM 25/05/2020, https://youtu.be/_mTxqEYKcl8.

Re, Edward D., **Stare decisis**. Data de publicação : 04/1994, Fonte : Revista de informação legislativa, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994 | Revista de processo, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994, Endereço para citar este documento : <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>

ANTUNES, H. S. (2020). **Direito e Inteligência Artificial**. Portugal: Universidade Católica Editora.

<https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo> - Revista Consultor Jurídico, 3 de setembro de 2020, 8h00 - Um robô pode julgar? Quem programa o robô? - Texto Escrito pelo jurista Lenio Luiz Streck em crítica ao livro Ensinando um Robô a Julgar: Pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário, publicado pela editora Emais em 2020.

<https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robo-julgar> - Revista Consultor Jurídico, 4 de setembro de 2020, 9h37 - Inteligência artificial e Direito: ensinando um robô a julgar - Texto Escrito pelo escritor Alexandre Moraes da Rosa em resposta à crítica do jurista Lenio Luiz Streck ao livro Ensinando um Robô a Julgar: Pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário, publicado pela editora Emais em 2020.

Acórdão confirmatório da condenação como marco interruptivo da prescrição penal

Lilese Barroso Benevides de Magalhães

Advogada no Ceará

Especialista em Ciências Criminais – PUC/MG

RESUMO

O Estado possui o direito-dever de punir quem descumpre as leis que regulam as condutas e o bem-estar social e, em se tratando de matéria criminal, ocorre a perseguição do autor do ilícito com o intuito de aplicar-lhe a devida penalidade.

Todavia, o *ius puniendi* pertencente ao Estado ocorre de forma limitada, visto que seu direito de punir não é *ad eternum*. Há vários institutos que garantem os direitos fundamentais, entre eles a prescrição, que limitam a perseguição do Estado pelo decurso do tempo.

Neste artigo, se faz uma análise da solução adotada pelo Plenário do STF, bem como das discussões anteriores à fixação da tese, tanto pelas turmas do STF quanto pelo STJ e pela literatura, tratando-se de questão de ordem pública. Ainda, há uma análise pessoal apoiada na hermenêutica, em doutrinas e costumes, buscando uma solução fundamentada para o problema exposto.

Palavras-chave: *Ius puniendi*. Perseguição do Estado. Direitos fundamentais. Prescrição.

ABSTRACT

The State has the right and duty to punish those who violate the laws that regulate conduct and social well-being and, in the case of criminal matters, the perpetrator of the offense is persecuted in order to apply the due penalty.

However, the *ius puniendi* belonging to the State occurs in a limited way, since its right to punish is not *ad eternum*. There are several institutes that guarantee fundamental rights, including prescription, which limit the prosecution of the State over time.

In this article, an analysis is made of the solution adopted by the Plenary of the STF, as well as the discussions prior to the establishment of the thesis, both by the groups of the STF and the STJ and by the literature, it is a public order issue. Still, there is a personal analysis supported by hermeneutics, doctrines and customs, seeking a reasoned solution to the exposed problem.

Keywords: *Ius Puniendi*. Persecution of the state. Fundamental rights. Prescription.

Introdução

A prescrição penal, uma das causas de extinção de punibilidade (art. 107, IV do Código Penal), pode ser conceituada como a perda, pelo Estado, do poder-dever de punir por não exercer sua pretensão punitiva ou executória em tempo hábil. Por ser um assunto bastante rico em detalhes, normalmente surgem discussões calorosas sobre determinadas especificidades da aplicação desse instituto, como é o caso do tema deste trabalho. De fato, a prescrição da pretensão punitiva nasce da inércia do Estado e limita sua atuação jurisdicional. Ainda que o Estado queira punir o agente infrator, não poderá fazê-lo se o prazo tiver decorrido.

O objeto do estudo, inevitavelmente, surgiu da pretensão punitiva e da controvérsia entre acórdão condenatório e acórdão confirmatório discutida pelo STJ e pelas turmas do STF, com diversas decisões contraditórias, destacando o tema da insegurança jurídica, tendo que ser submetido ao Plenário do STF para que a controvérsia fosse solucionada.

1 Apresentação do caso

O caso no qual o Plenário do STF fixou a tese discutida no presente artigo trata de um *Habeas Corpus* (HC 176473) impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU) contra acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.804.396/RR, em favor do então paciente condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão (regime aberto), substituída por pena restritiva de direito, em decorrência da prática do crime de tráfico transnacional de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33, *caput*, c/c art. 40, I).

De acordo com a Defensoria, na data do crime (17/04/2015) o réu tinha 20 anos e, por isso, o prazo de prescrição deveria ser

reduzido à metade. Ainda, já haveria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva desde 13/04/2018, tendo em conta a pena em concreto e o lapso de dois anos a contar do último marco interruptivo (publicação da sentença) em 13/04/2016.

Fazendo-se uma síntese do processo, tem-se que a denúncia foi recebida no dia 18/06/2015 e a sentença condenatória foi proferida no dia 11/04/2016. Como o Ministério Público Federal (MPF) não recorreu, o trânsito em julgado para a acusação se deu no dia 17/04/2016.

Em grau de recurso, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) manteve a sentença no acórdão prolatado em 27/02/2018. Para a Defensoria, o TRF-1 apenas ratificou a sentença condenatória, não podendo, assim, este acórdão interromper a prescrição. Posteriormente, interpôs recurso especial, em 19/04/2018, fundamentado no art. 105, inc. III, alínea "a" da Constituição Federal, que reza sobre a competência do STJ, alegando a prescrição superveniente, pois, para a defesa, o acórdão não teve o condão de interromper a prescrição. Em contrapartida, o MPF se baseou na decisão do STF no *Habeas Corpus* nº 138.088-RJ para alegar que não havia prescrição.

Em 20/09/2018, o TRF-1 admitiu parcialmente o Recurso Especial, reafirmando a posição do STF no *Habeas Corpus* nº 136.392-DF, no sentido de que acórdão confirmatório da sentença interrompe a prescrição.

O Ministro Rogério Schietti Cruz, do STJ, julgando monocraticamente o referido recurso em 06/05/2019, negou-lhe provimento com fundamento no art. 932, inc. VIII do CPC. A Defensoria interpôs Agravo interno em 06/06/2019, o qual foi improvido. Seguidamente, interpôs embargos de divergência e, em 26/09/2019, o Desembargador convocado indeferiu liminarmente o recurso. Em 19/04/2018, foi interposto recurso extraordinário, não sendo admitido. Finalmente, em 01/10/2019, foi impetrado *Habeas Corpus* no STF que, apesar de ter sido indeferido liminarmente, após a interposição de Agravo interno, foi reconsiderado pelo Ministro Alexandre de Moraes, submetendo-o ao Plenário.

Entre os argumentos utilizados pela Defensoria, destaca-se a divergência de entendimento entre a Primeira Turma e a Segunda Turma do STF. Inclusive o próprio Ministro Alexandre de Moraes admitiu a necessidade de se levar a matéria ao Plenário, conforme trecho do HC 176473 do STF, a seguir reproduzido:

Em 11/12/2019, tendo em vista a complexidade e importância da matéria, à luz do art. 317, § 2º, do RISTF, reconsiderarei a decisão monocrática pela qual indeferi a ordem pleiteada, a fim de que o tema versado nesta impetração seja amplamente discutido pelo Plenário (art. 22 do RISTF) [...]. (BRASIL, 2020d, online).

Com isso, o tema passou a ser apreciado pelo Plenário para pôr um fim à controvérsia do art. 107, IV do Código Penal.

Quanto à decisão do Plenário do STF, foi utilizado principalmente o art. 117, IV do Código Penal, fazendo uma análise pormenorizada, buscando extrair o significado da norma e a intenção do legislador, por ser exatamente o objeto da controvérsia.

Anteriormente à mudança, havia a discussão sobre se o acórdão teria o mesmo efeito da sentença no que condiz à interrupção da prescrição, no que se resolveu alterando o artigo com a Lei nº 11.596 de 2007. Porém, após o referido inciso ter sofrido alteração, os tribunais começaram a proferir decisões divergentes no que tange à interrupção da prescrição pelo acórdão confirmatório e sobre o que, de fato, seria um acórdão confirmatório.

Entre outros fundamentos, o Ministro Alexandre de Moraes destacou a Justificação do Projeto de Lei nº 401/2003 do senador Magno Malta que resultou na edição da Lei 11.596/2007. Faz-se mister destacar o trecho a seguir, por sua relevância:

A alteração proposta produz impacto na denominada prescrição intercorrente ou superveniente (art. 110, § 1º, do Código Penal), que ocorre após a prolação da sentença condenatória recorrível. Pretende-se evitar, com efeito, a interposição de recursos meramente protelatórios às instâncias superiores, uma vez que a publicação do acórdão condenatório recorrível, doravante, interromperá o prazo prescricional, zerando-o novamente [...].” (MAGNO, 2003 apud BRASIL, 2020d, online).

Os artigos 1.008 e 512 do novo e antigo Código de Processo Civil, respectivamente, também serviram de fundamentação para salientar o efeito substitutivo das decisões passíveis de recursos, em que uma decisão de segundo grau, por exemplo, substitui a

decisão do juízo *ad quo*. Nesse sentido, tem-se o entendimento do Ministro Marco Aurélio no RE 751.394/MG:

[...] A sentença existe como título condenatório? Não. Ela foi substituída, a teor do disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil – aplicável, subsidiariamente –, pelo acórdão. O que se executará será o acórdão e não a sentença. Por isso, a meu ver, a Lei nº 11.596/2007 apenas explicitou, no inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão como fator interruptivo da prescrição [...]. (BRASIL, 2013, online apud BRASIL, 2020d, online).

Também foram aplicados ao caso concreto o art. 110 do Código Penal, que prevê a prescrição incidente sobre a pena aplicada, e o art. 109, inciso V, o qual se refere ao prazo prescricional aplicado ao caso, qual seja, 4 anos.

Ainda, tendo em vista que o réu, à época do crime, era menor de 21 anos de idade, o prazo foi reduzido pela metade, consoante o art. 115 do referido diploma, consolidando-se em 2 anos.

2 Solução dada pelo Tribunal diante da apreciação do caso pelo Plenário do STF

O Ministro Alexandre de Moraes, relator, denegou a ordem de *Habeas Corpus*, por ter o entendimento de que o acórdão confirmatório sempre interromperá a prescrição, não havendo que se falar nessa se não houver inércia do Estado. Para o Ministro, não transcorreu, entre a sentença (11/4/2016) e o acórdão (27/2/2018), o lapso prescricional de 2 anos previsto nos arts. 109, V e 115, ambos do Código Penal, impedindo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Na conclusão do seu voto, o Ministro Relator propôs a seguinte tese:

Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de primeiro grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. (BRASIL, 2020d, online).

Acompanharam o voto os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Marco Aurélio e as Ministras Rosa

Weber e Carmen Lúcia; tendo sido vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Cabe ressaltar que, antes da edição da Lei nº 11.596/07, tão somente a sentença condenatória recorrível era causa de interrupção da prescrição. Com a edição da referida lei, duas orientações passaram a debater qual espécie de acórdão teria efeito interruptivo: de um lado, os adeptos de que o acórdão que confirma a decisão interrompe o prazo prescricional; do outro, os que acreditam que, devido à norma não prever expressamente tal hipótese, somente pretendeu se referir ao acórdão condenatório.

Como se sabe, a Hermenêutica é o sistema que utiliza regras para a interpretação das leis e sua importância deriva do interesse público. A lei é um comando e nela estão contidas possibilidades ordenatórias que cabe a quem interpreta descobrir. Além de ser geral e abstrata, deve ser adequada ao caso concreto. Dito isso, cabe afirmar que o Plenário do STF fixou uma tese importantíssima, pois decide sobre um bem jurídico protegido constitucionalmente, a liberdade.

Normalmente, em matéria criminal, é utilizada a interpretação restritiva, pois – diverge a doutrina quanto a isso – caso houvesse interpretação extensiva, se estaria cometendo uma violação ao direito fundamental do réu, além de analogia em *malam partem*. No entanto, cabe considerar que, havendo insuficiência da norma penal em sua interpretação literal, resta considerar a interpretação extensiva medida necessária para a harmonia da aplicação do nosso ordenamento.

Em vários casos, é comum haver a necessidade de se dar o real sentido da norma, devido às falhas deixadas pelo legislador e, para isso, usa-se tal instituto, revelando a sua verdadeira intenção. É vedada, porém, quando há um desvirtuamento na *mens legis* (vontade da lei), em uma tentativa de lhe dar um outro entendimento, diferentemente do que o legislador queria.

Ressalta-se que, segundo Masson (2019), é plenamente possível a utilização desse tipo de interpretação, mesmo em matéria criminal, por apenas buscar o seu efetivo alcance, cabendo, nesse exemplo, o crime disposto no art. 159 do CP (extorsão mediante sequestro), que extensivamente abarcou a extorsão mediante cárcere privado.

Buscando fixar um entendimento, o Plenário do STF considerou que a literalidade expressa do art. 107, IV do Código Penal demonstrava uma extensão menor da norma. Diante do ex-

posto, vê-se que já havia sido firmado precedente da 1ª Turma do STF nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. 2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis. 3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso." (BRASIL, 2011, online, grifo nosso).

Na discussão da Justificação do Projeto de Lei nº 401/2003, que resultou na edição da Lei nº 11.596/2007, fundamento utilizado pelo Ministro Alexandre de Moraes para sustentar seu posicionamento, já se observava o intuito do legislador em considerar o acórdão confirmatório como mais um marco interruptivo da prescrição, buscando dizimar a interposição de recursos extraordinários e especiais com intuito protelatório, cabendo destacá-la por ser demasiada esclarecedora:

[...] Sabemos que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação de primeira instância não é causa interruptiva da prescrição, justamente por conta da ausência de expressa previsão legal. A presente proposição, nesse sentido, contribuirá para dirimir os conflitos de interpretação, consolidando a posição mais razoável, de que o acórdão confirmatório da sentença recorrível também interrom-

pe o prazo da prescrição intercorrente. [...] seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. Assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada a partir do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal. (MAGNO, 2003 apud BRASIL, 2020d, online, grifo nosso).

Essa discussão, que acabou por ser submetida ao Plenário, sobre se a alteração ocorrida no inciso IV do art. 117 do CP teria a pretensão do legislador de incluir o acórdão confirmatório, originou-se diante de inúmeras decisões divergentes, inclusive entre a Primeira e a Segunda Turma do STF e do STJ.

O Ministro Alexandre de Moraes também enfatizou, inaugurando a discussão no Plenário, que, para uma devida interpretação do referido artigo, deve-se usar a interpretação sistemática, haja vista que, por meio dessa, é possível concluir que seus incisos demonstram a atuação estatal. E essa falta de inércia do Estado dá um fim à discussão sobre a prescrição (BRASIL, 2020d, online).

Convém ressaltar que, nesse tipo de interpretação citada pelo Ministro, o intérprete visa analisar a lei levando em consideração todo sistema normativo, pois, de fato, nenhuma lei está isolada. É uma interpretação simples – porém racional – que alcança além do sentido literal das palavras, forma utilizada pelo Plenário para solucionar a divergência. Ainda, para o ministro, não existe o “acórdão confirmatório da condenação”, mas sim os acórdãos absolutórios ou condenatórios e, em ambas as hipóteses, substituirão as sentenças de 1º grau absolutórias ou condenatórias (BRASIL, 2020d, online).

Analisando de fato o Código Penal, vê-se que realmente não há distinção alguma no artigo nem no próprio Código que conceitue ou sugestione uma diferença entre os tipos de acórdãos ou se haveria o chamado “acórdão condenatório inicial” e o “acórdão condenatório confirmatório da decisão”. No entanto, extrai-se do voto do Ministro Relator que houve uma opção por uma diretriz de combate à delinquência e à impunidade, de forma a abrir espaço para uma uniformidade de decisões. Isso posto, uma vez confirmada a sentença condenatória por acórdão, ocorrerá uma nova interrupção da pretensão pu-

nitiva do Estado, ratificando o entendimento consolidado pela Primeira Turma do STF.

3 Discussão da solução com base em decisões divergentes

Sobre o caso concreto, a questão primordial que deslocou a questão para debate no Plenário foi uma enorme divergência entre as próprias turmas do STF em relação ao tema. Divergência essa até já firmada em precedente de cada Turma, motivo de preocupante insegurança jurídica.

A Primeira Turma, formada então pela Ministra Rosa Weber e pelos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, em decorrência de julgados recentes, firmou posicionamento de que o acórdão confirmatório de sentença condenatória sempre interrompe a prescrição, quer aumente, reduza ou mantenha a pena imposta. Por outro lado, a Segunda Turma, composta à época pela Ministra Carmen Lúcia e pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin, firmou precedente no sentido de que o acórdão que somente confirma sentença condenatória não tem o condão de interromper a prescrição. Nesse sentido, cabe destacar precedente desta Turma (Agravado Regimento no Recurso Extraordinário nº 1.227.490/RS):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA PENAL – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU – ALEGADA EFICÁCIA INTERRUPTIVA DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO (QUE CONFIRMA SENTENÇA CONDENA-TÓRIA) – INOCORRÊNCIA – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. –

Jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões corretamente distinguem, para efeito de interrupção da prescrição penal (CP, art. 117, IV), entre acórdão condenatório e acórdão meramente confirmatório de anterior condenação penal, em ordem a não atribuir eficácia interruptiva do lapso prescricional à decisão do Tribunal que simplesmente nega provimento ao recurso interposto pelo réu contra anterior sentença condenatória. Precedentes. Doutrina. (BRASIL, 2019, online). 14 Na mesma linha de raciocínio, de acordo com o Ministro Celso de Mello no re-

ferido precedente, o acórdão que confirma a sentença penal condenatória não se reveste de eficácia interruptiva da prescrição: Esse entendimento [...] reflete-se na jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões corretamente distinguem, para efeito de interrupção da prescrição penal (CP, art. 117, IV), entre acórdão condenatório e acórdão meramente confirmatório de anterior condenação penal, em ordem a não atribuir eficácia interruptiva do lapso prescricional à decisão do Tribunal que simplesmente nega provimento ao recurso interposto pelo réu contra anterior sentença condenatória (BRASIL, 2019, online).

Pode-se verificar, assim, a divergência entre as Turmas do STF, conforme acórdão da Primeira Turma a seguir transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO ESTADO. RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1. A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. No art. 117 do Código Penal que deve ser interpretado de forma sistemática todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. 2. Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares. 3. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal. 4. Agravo regimental provido. (BRASIL, 2020c, online).

Nesse conflito de entendimento entre as Turmas na decisão objeto deste artigo, faz-se mister destacar que houve, inclusive,

divergência no próprio Plenário pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, da Segunda Turma, que suscitaram o posicionamento defendido em precedente dessa.

De acordo com Nucci (2020), para o Ministro Lewandowski, o artigo do Código Penal refere-se somente a acórdão condenatório. Não estaria abrangido o acórdão confirmatório proferido pelo primeiro grau. Além disso, indo de encontro a esse entendimento, a utilização da interpretação extensiva afrontaria direito fundamental do réu de ser julgado em tempo razoável. De acordo com o referido Ministro, “o acórdão que confirma a condenação de primeiro grau ou diminui a reprimenda imposta na sentença não substitui o tipo condenatório, porque tem natureza meramente declaratória de uma situação jurídica anterior” (NUCCI, 2020, online). No mesmo sentido, Gilmar Mendes apontou que a Segunda Turma, em diversas decisões, entendeu que o “acórdão da apelação, que não altera a dosimetria de modo a impactar o cálculo prescricional, não interrompe a prescrição” (STF COMEÇA..., 2020, online).

Outrossim, vale ressaltar que, apesar do STF e do STJ já terem, em outros tempos, firmado entendimento de que o acórdão que confirma sentença condenatória não constituía marco interruptivo da prescrição, o STF acabou por inovar jurisprudencialmente ao decidir de maneira diversa em 2017 (HC 138.086), o que foi reiterado em 2018 (Embargos Declaratórios no HC 138.088/RJ) e em 2019 (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.188.699/ES). No entanto, o STJ manteve seu posicionamento, como se vê em recente decisão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO NÃO INTERROMPE O LAPSO PRESCRICIONAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Embora a Corte Constitucional tenha afetado o tema para julgamento em plenário diante da divergência existente entre suas turmas, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que o acórdão que apenas confirma a sentença condenatória não é marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva, conforme interpretação do disposto no art. 117, inciso IV, do Código Penal. 2. A existência de decisões do Supremo Tribunal Federal em dissonância com o entendi-

mento deste Superior Tribunal de Justiça com relação à mesma matéria, desprovidos de efeito vinculante, não restringe a este Sodalício que continue aplicando o entendimento que concluir mais adequado à legislação infraconstitucional. [...] (BRASIL, 2020b, online, grifos nossos). Convém destacar que a própria Defensoria Pública da União apresentou Agravo Regimental sustentando a divergência entre as Turmas, alegando falta de segurança jurídica, conforme o voto do Relator Ministro Alexandre de Moraes: “A situação observada nestes autos lança luz sobre um dos importantes desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário com vistas a melhorar a prestação jurisdicional: a falta de segurança jurídica resultante de entendimentos divergentes sobre questões idênticas. [...] a e. Primeira Turma dessa Corte, tal como destacado na decisão ora agravada, de fato entende que o acórdão que confirma a condenação proferida em primeira instância interrompe a prescrição [...]. O mesmo entendimento, todavia, não é seguido pela Segunda Turma dessa e. Corte, situação configuradora de profunda insegurança jurídica ao jurisdicionado” (BRASIL, 2020d, online).

Assim, postulou a DPU a reconsideração da decisão agravada ou, caso assim não se entendesse, considerando a divergência apontada entre ambas as Turmas daquela Corte, e devido ao fato de não estar a questão submetida à análise de repercussão geral pelo Plenário daquele Tribunal, que o caso fosse afetado ao Plenário, pleiteando que prevalecesse o entendimento da Segunda Turma sobre a matéria. Diante da importância da matéria e da repercussão geral, o Ministro Alexandre de Moraes, que havia indeferido o HC, decidiu por reconsiderar sua decisão, para que o tema fosse levado ao Plenário (sessão virtual realizada entre 17 e 24/04/20).

Até o julgamento do caso, o Tribunal continuava dividido: a Segunda Turma permanecia reconhecendo a interrupção da prescrição pelo acórdão que confirmava sentença condenatória, ao passo que, para a Segunda Turma, o acórdão condenatório tinha somente sentido literal, consistindo na reforma da decisão absolutória. Essa última posição parece prevalecer na Sexta Turma do STJ, embora não tenha sido adotada no julgamento do caso em questão (HC 176.473).

Porém, em decisão mais recente, em 06/05/2020, a Quinta Turma do STJ entendeu necessária a adequação do seu entendimento ao aplicar a tese fixada no julgamento do HC

176.473 pelo Plenário do STF, a um caso envolvendo um grupo criminoso que vendia máquinas caça-níqueis:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO DO JULGADO. EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITOS MODIFICATIVOS. [...] 2. É pacífico nesta Corte Superior que “o acórdão que apenas confirma a sentença de primeiro grau, sem decretar nova condenação por crime diverso, não configura marco interruptivo da prescrição, ainda que haja reforma considerável na dosimetria da pena” (AgRg no REsp 1.362.264/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 13/5/2015). [...] Considerando que a publicação da sentença ocorreu em 30/08/2013, e não sobrevivendo outro marco interruptivo no prazo de 4 anos, uma vez que o Tribunal a quo, em grau de apelação, apenas confirmou a sentença condenatória, foi declarada a extinção da punibilidade do recorrente e, por extensão, de outros corréus. 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 176.473, de Relatoria do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, pacificou novo posicionamento acerca do tema, fixando a premissa segundo a qual “[n]os termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1.º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”. 5. Necessidade de adequação da jurisprudência deste Tribunal ao entendimento firmado pela Suprema Corte, de modo que o acórdão que confirma a condenação seja considerado, também, marco interruptivo da prescrição. 6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para que seja afastada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva anteriormente reconhecida. (STJ, 2020a, online, grifos nossos).

Sendo assim, o STJ, apesar de ter entendimento contrário, readequou seu posicionamento, haja vista a tese firmada pela Suprema Corte, de modo que o acórdão que confirma a condenação seja considerado, também, como marco interruptivo da prescrição.

Destarte, atualmente, está formada maioria favorável ao entendimento de que “não há que se falar de prescrição se não houver inércia do Estado” e que, portanto, o acórdão confirmatório de condenação deve interromper o prazo prescricional.

4 Discussão da solução com base em revisão da literatura

Após a modificação do art. 117, IV do Código Penal pela Lei nº 11.596/07, surgiu uma grande divergência doutrinária a respeito da prescrição no que tange ao acórdão que confirma sentença condenatória, se seria ou não marco interruptivo da prescrição.

Assim, há duas interpretações divergentes acerca do conceito de “acórdão condenatório”. De um lado, a que afirma que o acórdão condenatório contempla somente a reforma da decisão absolutória anterior, condenando o réu, alegando que posicionamento divergente caracteriza tese reacionária; do outro lado, parte da doutrina que afirma que o acórdão condenatório seria aquele que reforma decisão que absolve ou que confirma decisão condenatória.

Curiosamente, mesmo com a alteração do referido artigo buscando esclarecer seu significado, parte da doutrina, que defende a não interrupção da prescrição pelo chamado acórdão confirmatório, afirma que essa lei somente contemplou os acórdãos condenatórios em ações penais originárias e os acórdãos que reformam decisão absolutória em primeira instância. Desse modo, havendo condenação em primeira instância (sentença condenatória), o acórdão que a confirma, havendo o desprovimento do recurso da defesa, ou que somente majora ou reduz a pena, não interrompe a prescrição.

Os adeptos dessa corrente destacam o fato de a lei conter a conjunção “ou” entre “sentença” e “acórdão condenatório recorríveis”, isto é, supostamente excluindo a chance de causarem efeitos interruptivos, demonstrando que não houve a pretensão do legislador nesse sentido, por não ter sido incluída a palavra “confirmatório” no texto do inciso IV. Também, defendem que o denominado “acórdão confirmatório” não possui

natureza jurídica de decisão condenatória, tendo em vista que é uma decisão colegiada que tão-somente confirma uma sentença condenatória oriunda de recurso, no exercício legítimo do duplo grau de jurisdição, asseverando que o acusado deveria ter sido absolvido em primeira instância para que o acórdão que assim o condenasse constituísse marco interruptivo da prescrição.

Cesar Roberto Bitencourt se mostra totalmente adepto a esse posicionamento. Inclusive, considera que houve, desde a edição da Lei nº 11.596/2007, a pretensão de se criar causa de interrupção da prescrição, haja vista não considerar, anteriormente à modificação, a publicação de acórdão condenatório como marco interruptivo da prescrição. Em suas palavras:

A inovação consiste, basicamente, no acréscimo desse novo marco interruptivo, a publicação de acórdão condenatório, que, certamente, demandará criteriosa interpretação. Quanto à sentença não há maior novidade, a não ser ter deixado expresso que a interrupção prescritiva ocorre com a publicação da sentença, aliás, exatamente como interpretavam doutrina e jurisprudência nacionais. (BITENCOURT, 2009, p. 785- 786).

Seguindo esse raciocínio, também afirma Bitencourt (2009) que o propósito da Lei nº 11.596/2007 foi corromper o instituto da prescrição, pondo um fim na prescrição intercorrente e superveniente, constituindo um estímulo a uma política criminal repressora, ignorando inclusive seu viés político.

Assim, para essa corrente doutrinária, em um mesmo processo só é possível condenar uma única vez, não havendo a possibilidade de “recondenação”. Portanto, proferida a sentença de condenação no processo, inicia-se a busca de sua reforma, mediante a dialética processual, visando à absolvição, pela defesa, e para a acusação, a tentativa de elevar a pena ou tornar mais rígido o regime da execução penal. Ainda, não há interpretação extensiva no direito penal material, muito menos para agravar a situação do réu. Como destaca, essa ampliação do entendimento faria uma analogia *in malam partem*, não permitida nesse ramo do direito (BITENCOURT, 2009).

Portanto, para a parte da doutrina que segue esse entendimento, o acórdão confirmatório pode ser semelhante, mas não é condenatório, e, por ser diferente, não se pode utilizar a analogia como justificativa de sua aplicação, pois se estaria suprimindo

do verdadeira lacuna legal. “Somente o acórdão (recursal ou originário) que representa a primeira condenação no processo tem o condão de interromper o curso da prescrição, nos termos do inciso IV do art. 117 do CP.” (BITENCOURT, 2013, online).

Confusão se faz – e de onde a polêmica da fixação da tese surgiu – quando se confunde analogia com interpretação extensiva, pois, diferentemente da analogia e segundo julgados do STF, a interpretação extensiva é admitida em matéria criminal, não constituindo a interpretação extensiva instituto utilizado para suprir lacunas em matéria criminal.

Acompanhando o entendimento de César Bitencourt, Martinelli e Schmitt de Bem (2019) aduzem que acórdão condenatório é somente o que altera a sentença absolutória, impondo uma condenação autêntica. Assim, segundo os autores, sendo o réu condenado em primeiro grau, o prazo prescricional seria interrompido. Havendo recurso, ao manter a condenação, mesmo alterando a dosimetria da pena, não haverá a figura da recondenação nem novo marco interruptivo da prescrição. De igual modo, Luiz Regis Prado (2017), objetivamente, explica que:

A interrupção ocorre com a publicação da sentença ou acórdão (art. 389, CPP). Reformada pelo Tribunal a sentença absolutória para condenar o réu, tal decisão interrompe a prescrição, a partir da data do julgamento do recurso. Confirmada pelo Tribunal a sentença condenatória, não ocorre nova interrupção. Contudo, reformada a sentença condenatória, absolvendo o acusado, mantém-se a interrupção provocada pela publicação da sentença de primeira instância. (PRADO, 2017, p. 393).

Em idêntica linha, vê-se Delmanto *et al.* (2016), afirmando haver um desacerto do entendimento firmado no STF, posicionamento que tem sido abonado pelo STJ, o qual seria o detentor da interpretação da legislação infraconstitucional. Ainda que, ao inciso IV do art. 117 do CP, tenha se dado nova redação pela Lei nº 11.596/2007, o autor afirma continuar adepto ao posicionamento de que acórdão confirmatório de condenação não é causa interruptiva da prescrição (DELMANTO *et al.*, 2016).

Conforme esses doutrinadores, o entendimento inaugurado pelo STF parte de premissa equivocada, pois considera como base da prescrição apenas e tão somente a inércia estatal, o que,

supostamente, não ficaria demonstrado no acórdão penal confirmatório, vez que esse reforçaria a atividade do Poder Judiciário. Nada obstante, há de ser reafirmado que o direito penal tem na linguagem estrita o limite do exercício constitucional, portanto legítimo, da competência sancionatória do Estado, de modo que essa limitação linguística deve ser empregada para, corretamente, distinguir a natureza de um acórdão que condena de outro que confirma uma condenação preexistente, notadamente porque “as palavras dizem coisas e, por isso mesmo, devem ser pensadas e (re)pensadas antes de serem ditas” (NUNES; MELO, 2018, p. 14).

Por conseguinte, para os adeptos desse posicionamento, a prescrição não seria mecanismo viabilizador da impunidade, dificultando o trâmite processual. Na verdade, levando em consideração o momento atual da democracia brasileira, deve ser visto como instrumento da busca pela celeridade na prática dos atos processuais – vez que ou o Estado age ou ocorre a prescrição –, ainda precisando ter em tela os direitos e as garantias fundamentais legitimando o Dever Punitivo Estatal.

Indo de encontro a esse entendimento, vários doutrinadores inclinaram-se pela orientação de que há a interrupção do prazo prescricional pelo acórdão que confirma, aumenta ou mesmo reduz a pena da primeira instância, aliás, resta claro o mesmo posicionamento do legislador do Projeto da Lei que alteraria o Código Penal:

O texto atual do Código Penal se refere à sentença condenatória recorrível. O Projeto passa a fixar a data da publicação, não deixando margem a dúvidas quanto ao momento da sentença, que será o da publicação, e não o de sua prolação. Também o Projeto inclui, nesse inciso, a publicação do acórdão condenatório recorrível, contemplando a hipótese de confirmação de condenação de primeira instância em grau recursal. (MAGNO, 2003, online).

Cabe destacar Rogério Greco (2014, online) como um dos adeptos dessa orientação:

Por acórdão condenatório recorrível, podemos entender aquele confirmatório da sentença condenatória de primeiro grau ou o que condenou, pela primeira vez, o acusado (seja em grau

de recurso ou mesmo como competência originária do Tribunal). Como a Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, ao dar nova redação ao inciso IV do art. 117 do Código Penal, não fez qualquer distinção, vários acórdãos sucessivos, desde que recoráveis, podem interromper a prescrição. (apud BRASIL, 2020d, online).

Também, nesse sentido, Brum Vaz (2010) defende a mesma interpretação do inciso IV do art. 117 do CP desde a edição da lei, explicitando de forma bastante interessante quanto ao tema do alcance da norma:

A primeira dúvida diz respeito ao alcance do texto legal. Veio a nova redação do inciso IV do art. 117 do Código Penal criar uma nova hipótese de interrupção da prescrição ou apenas explicitar que no caso da condenação em grau de recurso seria o acórdão condenatório o marco interruptivo? Parece mais adequada a primeira assertiva. [...] Não teria sentido uma alteração legislativa que, tangenciando o problema antes relatado, alheia aos reclamos sociais, apenas viesse ao mundo jurídico para explicitar o que a jurisprudência, se alguma dúvida houve em algum tempo, de há muito havia explicitado. Seria legislar desnecessariamente. O melhor entendimento é o de que se está a criar nova causa interruptiva do prazo prescricional. (BRUM VAZ, 2010, p. 22).

Cabe ressaltar que o mesmo autor enfatiza que não poderia classificar o acórdão confirmatório como absolutório, já que este de forma alguma prevê a absolvição do réu. Por considerar a interrupção da prescrição, tem-se a incidência do efeito substitutivo dos recursos, pois o acórdão que confirma a condenação passa a incidir sobre o caso, substituindo a condenação anteriormente imposta (BRUM VAZ, 2010, p. 23).

Faz-se mister citar também Queiroz (2008, online), que sintetiza os motivos pelos quais opta por essa orientação, ao mesmo tempo em que erradica qualquer dúvida que ainda possa restar para considerar o mesmo entendimento:

[...] o equívoco é manifesto. Primeiro, porque esta lei não faz distinção entre acórdão condenatório

e confirmatório da sentença condenatória, distinção que é própria da decisão de pronúncia, por outras razões; no particular a distinção é arbitrária, portanto. Segundo, porque o acórdão que confirma a sentença condenatória a substitui. Terceiro, porque este acórdão é tão condenatório quanto qualquer outro. Quarto, porque a distinção implicaria conferir a este acórdão efeito próprio de absolvição. Quinto, porque não faria sentido algum que o acórdão que condena pela primeira vez interrompesse o prazo prescricional e o seguinte não. Finalmente, se os argumentos no sentido de distinguir acórdão condenatório e confirmatório faziam sentido antes da reforma, já agora não o fazem mais. (apud BRASIL, 2020d, online, grifos nossos).

Como se vê, há muita divergência doutrinária nesse assunto, inclusive defendendo que, na seara penal, a interpretação extensiva seria um problema bastante significativo, pois um dos alicerces do Direito Penal é o princípio da taxatividade, ou seja, a exigência de que a conduta criminosa deve estar prevista de forma explícita na lei penal. De outra forma, acabaria se considerando atípica a conduta do indivíduo.

Assim, a divisão da doutrina segue bastante contrastante quanto ao tema. Parte dela recepciona a tese fixada pelo Plenário do STF, entendendo o acórdão confirmatório como a atuação processual do Estado. Por outro lado, parte da doutrina que considera esse entendimento reacionário entende que o acórdão que mantém a condenação, ainda que altere a penalidade imposta, não serve para interromper prescrição.

Mas, diante dos fatos apresentados, haja vista que o acórdão que confirma a condenação é um acórdão condenatório, e não absolutório ou criador de uma nova espécie de acórdão, ao indagar-se uma segunda vez sobre o conceito de acórdão confirmatório, chegar-se-á facilmente à conclusão de que este também é um acórdão em que há uma condenação. Com a alteração da lei, pretendeu-se criar um novo marco interruptivo, pois, caso não assim o fosse, pelo que se extrai da leitura literal do artigo, estar-se-ia legislando o lógico.

Vê-se que parte da doutrina considera que o acórdão que confirma a decisão não possui natureza jurídica de decisão. Ora, mas teria natureza de quê? Absurdo seria pensar que teria natureza meramente declaratória. Além de quê, nesse caso, mesmo o

acórdão sendo confirmador de uma condenação já imposta anteriormente, não se pode descartar que todo acórdão é dotado de fundamentação, e uma decisão que é fundamentada não pode ser considerada meramente declaratória, pois sua atribuição não é somente ratificar a palavra do juízo *ad quo*, tendo, por isso, essência condenatória.

Note que tão controverso quanto o inciso IV do art. 117 é o conceito de “acórdão confirmatório”. Ao que parece, a questão maior que o Plenário do STF teve que resolver diz respeito ao conceito de “acórdão confirmatório”, pois, após toda a fundamentação e exposição dos motivos dessa espécie de acórdão ser considerada como condenatório, o encaixe ao inciso foi instantâneo.

Considerando-se que deve o Direito ser interpretado inteligentemente porque ele nasce da sociedade e para a sociedade, preocupa-se a Hermenêutica com o resultado provável de cada interpretação, de forma a buscar aquela que conduza à melhor consequência para a coletividade.

O ordenamento jurídico, dinâmico como é, deve ser tomado como um organismo completo em constante mutação, que tem como finalidade a composição dos inevitáveis conflitos de interesses da sociedade, bem como sua integração. Por isso, a interpretação não deve restringir o significado da norma, pois estaria engessando o direito e seu dinamismo com o formalismo na aplicação abstrata da lei.

Entretanto, até então não havia uniformidade de entendimento sobre a inclusão do acórdão reformador da decisão absolutória, cuja finalidade é condenar o réu pela primeira vez. Nessa linha de raciocínio, considerando inclusive o relatório do Projeto de Lei que alteraria o art. 117 do Código Penal, é claro o objetivo do legislador de contemplar a hipótese de confirmação, em grau recursal, da condenação de primeira instância.

Assim, outra posição não poderia ser mais adequada senão a de que o acórdão que confirma a condenação interrompe a prescrição, posto que o Estado-juiz reanalisa a decisão condenatória ante a provocação da própria defesa. Se atua dentro do prazo legal, mantendo, aumentando ou reduzindo a pena imposta pelo juízo *ad quo*, não há que se falar em inércia estatal. Portanto, deve o prazo prescricional ser interrompido para o cumprimento do devido processo legal.

Conclusão

Preliminarmente, cabe ressaltar o conceito de prescrição em matéria criminal, instituto que se reveste de grande importância para o Estado, porque, pelo seu não exercício em determinado lapso de tempo, acaba por ver prescrever sua pretensão punitiva e/ou executória, não podendo mais aplicar suas normas penais contra o transgressor.

Ressalte-se que esse direito de punir deve ser exercido dentro de um prazo estabelecido em lei, constituindo uma das causas de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107 do Código Penal. Dispõe o referido artigo do Código Penal, entre outras hipóteses previstas, que a prescrição é interrompida pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (inciso IV).

Antes da edição da Lei nº 11.596/07, que alterou a redação do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o inciso previa apenas a interrupção da prescrição pela sentença condenatória recorrível.

Diante de algumas controvérsias criadas, passou-se a prever a atual redação mencionada. Assim, frente a suposta obscuridade que paira sobre a expressão “acórdão condenatório”, cabe buscar na Hermenêutica meios para a apuração dos aspectos singulares da norma, já que interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos.

Isto posto, baseando-se no critério gramatical, vê-se que o art. 117, inciso IV apresenta apenas uma hipótese de acórdão, o condenatório recorrível. No entanto, observa-se que, apesar de necessário, este critério é insuficiente para a realização de uma acurada análise do significado da norma.

Por essa interpretação, faz-se um exame filológico da lei, procurando-se o sentido das palavras pelo seu aspecto literal. Nesse caso, não caberia a utilização deste critério isoladamente diante de tantas controvérsias, pois se trata de um critério extremamente superficial. Com isso, analisando-se a expressão “acórdão condenatório” mais uma vez, cabe a indagação: o que, na verdade, é um acórdão condenatório? De início, pode-se dizer que é um acórdão em que há uma condenação. Partindo desse pressuposto, o que seria, então, um acórdão confirmatório? Equivoca-se pensar que é um acórdão que meramente declara ou confirma uma condenação.

Tendo como base o voto do Ministro Alexandre de Moraes no HC 176473/RR, não haveria razão de se falar em acórdão confirmatório condenatório, pois os acórdãos são divididos em absolutórios ou condenatórios, substituindo a sentença de primeiro grau absolutória ou condenatória.

Ressalte-se que não nos filiamos completamente a esse posicionamento, cabendo um esclarecimento no que tange à expressão “substituição”. Se o recurso possui efeito substitutivo, por si só, quanto à decisão de grau inferior, nesse caso o problema seria a substituição também do marco interruptivo da prescrição, o que aumentaria o lapso temporal, aumentando da mesma forma os casos de prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Todavia, isso não quer dizer que não haja o efeito substitutivo do recurso, mas sim que esse efeito deve ser considerado com cautela para que não se crie mais uma controvérsia diante do assunto. Resta notar também, literalmente falando, que não existe acórdão confirmatório condenatório, seja porque, em tese, o tribunal reexamina o caso e a prova, bem como seus fundamentos, seja porque procede à revisão da pena, altera o dispositivo que embasa os fatos ou absolve total ou parcialmente.

De todo modo, quando ocorre uma condenação, sabe-se que, em grau de recurso da defesa, não sendo possível o *reformatio in pejus*, quando o Tribunal confirma a condenação, não deixa de haver, no acórdão que confirma a sentença, uma resposta estatal, demonstrando a pretensão punitiva.

Entretanto, mesmo com algumas decisões contrárias a esse posicionamento, inclusive algumas correntes doutrinárias, desconsiderar o acórdão confirmatório abrangido pelo inciso IV abriria espaço para uma insegurança jurídica com incontáveis recursos da defesa com intuito meramente protelatório, abarrotando ainda mais a Justiça, havendo grandes chances de ocorrer, em inúmeros processos, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Da mesma forma, o termo condenatório no referido artigo, o qual se relaciona com a sentença e com o acórdão, teve o intuito de diferenciar as decisões condenatórias das absolutórias; contudo, não teve o condão de limitar o alcance da norma apenas aos acórdãos denominados condenatórios.

Apesar de inúmeros precedentes em sentido contrário da Segunda Turma do STF, a Primeira Turma já vinha decidindo que o acórdão confirmatório implicava a interrupção do prazo

prescricional, de forma que facilmente se previa a adoção da tese firmada. Por haver a possibilidade de uma decisão definitiva demandar muito tempo devido à quantidade de processos que tramita na Justiça Criminal, é inequívoco que o entendimento firmado pelo STF visou limitar interposições de recursos nitidamente abusivos, causando um impacto à celeridade do Judiciário e ocasionando descrédito aos órgãos julgadores. Deve o acórdão, qualquer que seja seu conteúdo, servir como marco interruptivo de prescrição, tendo em vista que os recursos levam muito tempo para serem julgados atualmente.

Em face de todo o exposto, pode-se concluir que o acórdão que encerra uma condenação, em ação penal originária ou em grau de recurso, sempre interromperá a prescrição. Ainda, embora não seja chamado de acórdão confirmatório condenatório ou vice-versa, não se pode considerar que não o seja em sua essência, já que nem mesmo o Código Penal faz distinção entre essas duas espécies de acórdãos (condenatório e confirmatório).

Referências

BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Lições fundamentais de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Acórdão confirmatório de condenação não interrompe a prescrição**, 2013. Disponível em: <https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936007/acordao-confirmatorio-de-condenacao-nao-interrompe-a-prescricao>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma) **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em Habeas Cor-**

pus n. 109.530/RJ. Processo penal. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso em habeas corpus. Prescrição da pretensão punitiva reconhecida. Acórdão confirmatório de condenação. Novo entendimento do supremo tribunal federal. Revisão do julgado.

Embargos acolhidos. Efeitos modificativos. Embargante: Ministério Público Federal Embargado: Douglas da Silva Sales. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 01 de junho de 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília: DF, [2020a]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=110219109&num_re-gistro=201900704851&data=20200601&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 11 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1557791/SP**. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ameaça. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva superveniente. Acórdão confirmatório da condenação não interrompe o lapso prescricional. Agravo desprovido. Agravante: Ministério Público Federal.

Agravado: Anaciel de Jesus Guimaraes. Relator: Min. Jorge Mussi, 06 de fevereiro de 2020. Brasília: STJ, [2020b]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1557791&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.237.572/RO**. Agravo regimental no recurso extraordinário. Prescrição da pretensão punitiva.

Acórdão confirmatório de sentença condenatória. Interrupção do prazo prescricional. Possibilidade. Ausência de inércia do estado. Respeito ao devido processo legal. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Francisco Roberto da Silva Filho. Relator(a): Min. Marco Aurélio, 7 de fevereiro de 2020. Brasília: STF, [2020c]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751937831>. Acesso em: 27 Maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 106481/MS**. Constitucional e penal. Acessórios de celular apreendidos no ambiente carcerário. Falta grave caracterizada. Inteli-gência ao art. 50, VII, da lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela lei

11.466/2007. Inexistência de ofensa ao princípio da reserva legal. Interpretação extensiva. Possibilidade. Precedente. Recorrente: Defensoria Pública Da União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Carmen Lucia, 8 de fevereiro de 2011. Brasília: STF, [2011]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18319888/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106481-ms>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.227.490/RS**. Recurso Extraordinário. Matéria Penal. Alegada violação a preceitos inscritos na constituição da república. Ausência de ofensa direta. Pretendido afastamento da extinção da punibilidade do réu. Alegada eficácia interruptiva do acórdão confirmatório (que confirma sentença condenatória). Inocorrência. Agravo Interno Improvido. Agravante: Ministério Público Federal.

Agravado: Fabricio Vieira Rosa. Relator: Min. Celso De Mello, 29 de novembro de 2019. Brasília: STF, [2019]. Disponível em: <http://>

/portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341956070&ext=.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Habeas Corpus 176.473/RO**. Habeas Corpus. Alegada prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Interrupção da prescrição pelo acórdão confirmatório de sentença condenatória. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 de abril de 2020. Brasília: STF, [2020d]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC176473.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRUM VAZ, Paulo Afonso. **O fim da farra da prescrição penal**: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei nº 12.234 de 2010. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 36, 2010.

Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/paulo_afonso.html. Acesso em: 09 jun. 2020.

DELMANTO, Celso; Delmanto Jr., Roberto., Delmanto, Roberto. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. Vol I.

MALTA, Magno. **Projeto de Lei n. 401, de 2003**. Altera o inciso IV do art. 177 do Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para definir como causa interruptiva da prescrição

a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível. Brasília: Senado, 24 set. 2003. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4611005&ts=1571777201400&disposition=inline>. Acesso em: 22 maio 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. [Criminal] **Resumo do Informativo nº 965 do STF**, 2020. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/informativos/criminal-resumo-do-informativo-n-965-do-stf#:~:text=Para%20o%20ministro%20Lewandowski%2C%20o,no%20inciso%20IV%20do%20art>. Acesso em: 12 jun. 2020.

NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. **Colaboração Premiada: aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. PRADO, Luiz Regis. Comentários ao código penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Acórdão condenatório e prescrição: a propósito da Lei nº 11.596/2007**, 2008. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/acordao-condenatorio-e-prescricao-a-proposito-da-lei-n%C2%B0-115962007/>. Acesso em: 25 maio 2019. STF COMEÇA a discutir prescrição em caso de confirmação de sentença condenatória. STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf>

[jus.br/portal/cms/verNoticia
Detalhe.asp?idConteudo=436278
&caixaBusca=N](http://jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=436278&caixaBusca=N). Acesso em 27
maio 2020.

O acolhimento pelo sistema judiciário das vítimas de violência de crimes sexuais e suas repercussões psíquicas

Uinara Lourenço da Costa

*Acadêmica de Direito do Centro
Universitário Newton Paiva*

RESUMO

Ter percepção sobre os problemas que cercam a sociedade é muito importante. Todos os dias, nos jornais, em reportagens, nos deparamos com diversas notícias de crimes que aconteceram ou acontecem a todo momento. Infelizmente, a maçante maioria desses crimes é contra mulheres, sejam eles pela simples razão de serem mulheres, como, por exemplo, acontece no feminicídio, ou por outro motivo qualquer. Tendo em vista que a maioria das vítimas é do sexo feminino, o mais lógico seria que o sistema judiciário tivesse maior prudência e que versasse sobre o assunto com a devida relevância que este carece. Entretanto, não é exatamente o que se tem visto ao longo da história.

Palavras-chave: Crimes contra a mulher. Crimes sexuais. Estupro. Repercussão psíquica.

ABSTRACT

Having an awareness of the problems surrounding society is very important. Every day, in the newspapers, in reports, we come across different news of crimes that have happened or are happening all the time. Unfortunately, most of these crimes are against women, whether for the simple reason that they are women, such as femicide, or for any other reason. Given that most victims are female, the most logical would be that the judiciary system had greater prudence and that it dealt with the matter with the due relevance that it lacks, however, this is not exactly what has been seen throughout of history.

Keywords: Crimes against women. Psychic repercussions. Rape. Sex crimes.

Introdução

Falar sobre os crimes contra a dignidade sexual é ir muito mais além do que o Código Penal retrata. Esses crimes, previstos no título 6 da parte especial do Código Penal, têm inúmeras particularidades, inclusive quanto à maneira de sua aplicação no caso prático.

O que deve ser observado, todavia, é que, para que se haja realmente uma aplicação do direito de forma justa e igualitária, a simples observância da lei não é o bastante. Um exemplo disso são os juízes que, quando prolatam sentenças, não utilizam somente a lei seca, como também jurisprudências, doutrinas e súmulas.

Estamos tratando aqui de uma ciência que atinge diretamente a humanidade e exatamente por isso trata-se de uma ciência tão complexa. Neste sentido, quando se é deixado em evidência que determinada ação do sistema judiciário, algum procedimento ou até mesmo uma sentença estão sendo designadas, deixando de lado a face humanitária do direito, e se dirigindo apenas à lei, essa ação repercute de maneira arbitrária, desigual e injusta. Quando estas ações atingem vítimas de crime de estupro, isso reverbera de forma mais intensa devido às consequências tanto físicas quanto psicológicas causadas. Suscita-se um sentimento de injustiça, pois a vítima ali não é tratada como vítima. As mulheres que sofrem essa violência, além de travarem uma luta para provar o crime, travam outra para provar que não deram “motivo”. Trava-se uma luta para provar que não merecem passar por tal violência, seja por qualquer circunstância. Observa-se que, desde o início do processo, junto às mulheres vítimas de violência sexual, não há o devido cuidado que o crime exige.

A motivação para a realização deste estudo surge da observação da execução dos procedimentos legais de forma desumanizada, a qual suscita uma reflexão para verificar por que há tantas vítimas que decidem por simplesmente não denunciar tal crime. Levanta-se a hipótese de que a exposição durante todo processo legal, pelo qual passam as vítimas de violência sexual, contribui para a não ocorrência da denúncia. Estereótipos sobre o gênero feminino podem ser vistos todos os dias. Entender o porquê desses estereótipos prejudicarem tanto o acesso das mulheres ao Judiciário é um dos principais objetivos deste trabalho. É de suma importância compreender a razão de tantas mulheres vítimas de crimes sexuais optarem por simplesmente se calar

frente à tamanha violação de seu próprio corpo, a enfrentar a busca pela justiça. Compreender o que leva a essa escolha é compreender onde o sistema judiciário está falhando frente à sociedade como um todo.

Assim, diante do contexto apresentado, este trabalho tem como propósito analisar como ocorre o acolhimento do sistema judiciário das vítimas de violência de crimes sexuais e suas repercussões psíquicas. A sua condução processual com o olhar ainda de um sistema machista e desigual, e os desafios enfrentados por mulheres que sofrem esse tipo de violência nas grandes cidades e nas cidades do interior, para provar o aludido crime, identificando possíveis impactos psicológicos que tais vítimas sofrem após passar por tamanha violação.

O machismo registrado no sistema judiciário que poderá ser verificado ao discorrer desta pesquisa sustenta e corrobora a estrutura social não só do Judiciário, mas também de todo o coletivo que subalterniza mulheres. A invalidação do que as mulheres relatam simplesmente pelo fato de serem mulheres chega a situações insustentáveis quando essa invalidação é mais importante do que a verificação da procedência de um crime. Esperamos que a identificação dos erros cometidos durante a cognição do processo penal em seus três níveis, nos casos de crimes de estupro, auxilie na formação de novas políticas públicas que visem tencionar a condução de maneira mais justa e humana deste tipo de denúncia. Busca-se, também, garantir uma maior efetividade na resolução deste tipo de crime a fim de promover o desincentivo a quem comete tal delito.

O estudo aqui condicionado terá como fonte de pesquisa, além do Código Penal e de Processo Penal, a doutrina e jurisprudência atual, bem como artigos e reportagens consultados, e seu modo de raciocínio será o dedutivo.

1 Conceituação dos crimes contra a dignidade sexual e sua aplicação na lei

O foco do presente estudo é o crime de estupro, que é considerado pelo sistema judiciário brasileiro como um delito grave listado na lei de crimes hediondos. Não só no Judiciário, mas também na sociedade em si, é um tipo de crime que possui grande repercussão justamente por se tratar de uma transgressão altamente imoral e desumana. As consequências do crime para quem sofre são devastadoras: lesões por todo o corpo, principalmente nos órgãos genitais, fraturas e contusões que, no pior

dos casos, podem levar ao posterior óbito; gravidez indesejada; doenças sexualmente transmissíveis; transtornos psicológicos, como depressão, fobias pós-traumáticas, ansiedade, uso de drogas ilícitas e até mesmo o suicídio.

1.1 Da classificação dos crimes de estupro

Há diversas maneiras de se classificar o crime de estupro, sendo de suma importância destacá-las para que possamos ter um maior entendimento de como o crime é efetivamente consumado.

Segundo cita o professor de Direito Penal Leonardo Castro, em artigo publicado no site Jus Brasil, qualquer pessoa pode praticar esse tipo de delito, transformando-o assim em um crime comum, dependendo ser de conduta comissiva, ou seja, decorrente da atividade positiva de um agente. É, por natureza, praticado de forma vinculada, tendo em vista possuir verbos que se encontram facilmente em sua tipificação na lei. Ademais, trata-se de crime material e de dano que só pode ser considerado consumado com o resultado final pretendido pelo autor previamente listado como conduta libidinosa vinculada pela lei, no caso a conjunção carnal ou outro ato libidinoso sem o consentimento EXPRESSO da vítima. Só poderá ser consumado com a lesão ao bem jurídico tutelado, no caso, a liberdade sexual.

Outro importante destaque é que se trata de crime com previsão legal somente na modalidade dolosa, sendo assim, não há possibilidade de ser realizado pelo agente com culpa, pois um dos requisitos primordiais para ser praticado é a vontade do autor.

1.1.1 Do estupro na modalidade simples

Listado nos artigos 213 e 217-A do CP, devemos frisar que existem dois modos: o estupro em sua forma simples/geral e o estupro de vulnerável. A principal diferença é devido à vítima do crime. Para que seja aplicado o Art. 217-A, o autor tem que praticar o ato contra vítima menor de 14 anos de idade e/ou contra pessoa com enfermidade ou deficiência física ou mental. Tal separação leva em consideração que essas pessoas não possuem discernimento.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou

a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

O artigo anteriormente mencionado trata-se de **estupro em sua forma simples**, cuja sua tipificação carece de se haver a violência, a grave ameaça a essa violência ou ambos os casos.

A vítima pode ser qualquer pessoa acima de 14 anos, sendo importante ressaltar que antes da Lei 12.015/2009 somente poderiam ser vítimas do crime pessoas do sexo feminino.

O verbo do artigo é o constranger, que dá o sentido de obrigar. Em outras palavras, o agente obriga a vítima a praticar o ato libidinoso mediante o emprego de violência ou grave ameaça. A violência pode ser imediata, sendo aquela empregada sobre a pessoa diretamente (vítima) ou mediata (sob um terceiro), como forma de obrigar este terceiro à prática deste ato.

Quanto aos atos libidinosos, estes podem ser divididos em categorias. A primeira e a mais importante é a conjunção carnal em si com a cópula vagínica. Os tribunais enfatizam que, para a configuração do crime, se faz necessário advir o ato de um relacionamento sexual hétero entre um homem e uma mulher. Já sobre o outro ato libidinoso, a legislação não predefiniu o que poderia ser; todavia, há diversas decisões jurisprudenciais que versam sobre o assunto, tendo como exemplo um julgado do Superior Tribunal de Justiça, citado a seguir:

O ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, **inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não**, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 21/3/2012)

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência discutem muito entre si sobre o que seriam esses atos libidinosos. A doutrina entende que versa sobre o assunto o princípio da proporcionalidade, com a obrigatoriedade então de se averiguar o caso concreto para que não haja um “excesso” de desproporcionalidade quando se decide pela aplicação de ambos os artigos que versam sobre o crime.

Torna-se importante destacar também que, para que seja configurado o crime tanto no caso da conjunção carnal em si ou dos atos libidinosos, é necessário o emprego da violência ou da grave ameaça. Pois, caso não haja tal emprego em ambos os casos, trata-se de crime diverso, sendo este o de importunação sexual.

No que tange à consumação do crime, quando se trata da conjunção carnal, sua consumação se dá com a introdução, seja ela completa ou incompleta, do órgão genital masculino na vagina. Quando se tratar de ato libidinoso, este se efetiva com a realização ou execução deste.

O crime de estupro admite a forma tentada, que é possível quando o agente empregou a violência e/ou a grave ameaça, mas, por motivos alheios à sua vontade, não conseguiu dar início aos atos libidinosos.

Ainda em se tratando do crime de estupro em sua modalidade simples, temos também que falar sobre seu parágrafo segundo, o qual será citado a seguir:

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Trata-se dos casos em que a vítima é maior de 14 anos e menor de 18. Em se tratando de pessoas nessa faixa etária de idade, o Código estipulou um caso de aumento de pena, ou uma qualificadora do crime.

1.1.1 Do estupro de vulnerável

O Código Penal em seu Art. 217-A enuncia os casos em que a vítima da violência sexual é considerada vulnerável e poderá ser analisado a seguir:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

O que é levado em consideração para que seja estipulada essa vulnerabilidade são vários fatores. O primeiro – e principal – se dá pelo fato de a vítima ser menor de 14 anos. Importante destaque no que tange à idade prevista é que a Lei 13718/18, em seu art. 2º, criou o parágrafo 5º somente para confirmar o que já estava tentando ser relativizado pela jurisprudência. Vejamos a seguir:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

§ 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Muito há o que se falar sobre vítimas menores de 14 anos, tendo em vista que, segundo dados, são as que mais sofrem esse tipo de violência. O crime é popular e juridicamente nomeado como abuso sexual infantil e, em suma maioria, o criminoso é um parente ou alguém próximo à família, considerado, inclusive, de confiança. Conforme dados apontados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, retirada do portal do Governo Federal, dos 159 mil registros feitos pelo Disque Direitos Humanos ao longo de 2019, 86,8 mil são de violações de direitos de crianças ou adolescentes, um aumento de quase 14% em relação a 2018. O levantamento da ONDH permitiu identificar que a violência sexual acontece, em 73% dos casos, na casa da própria vítima ou do suspeito, mas é cometida por pai ou padrasto em 40% das denúncias.

O legislador entende que o menor de 14 anos, por sua imaturidade mental e física, não poderia consentir tal ato, haja vista ainda não ser possível ter entendimento sobre o que o ato significa. Entretanto, muito se estranha sobre como é efetivamente aplicado este artigo, pois se o crime tiver ocorrido no dia do seu 14º aniversário, não poderá ser aplicado o art. 217-A, pois não se trata mais de menor de 14 anos. O mais lógico seria, então, a aplicação do §2º do art. 213, CP. Contudo, o legislador entende que também não é possível, tendo em vista que, para ser considerado maior de 14 anos, a vítima teria que ter pelo menos 14 anos e 1 dia. Neste caso então, a lei emprega que teria que ser aplicado o estupro simples, o que se encontra no *caput* do art. 213 do CP.

Todavia, no caso concreto, como muitas outras coisas injustas que o sistema judiciário emprega quanto a este crime, há aqui uma situação injusta, sendo levada em consideração somente a letra da lei em sua forma pura e literal. Há doutrinadores que, claro, vão contra esta prática, como é o caso de Damásio E. de Jesus, que, em matéria publicada no site Jus Brasil, indaga:

Qual o enquadramento legal quando o estupro é cometido com pessoa no dia do seu 14º aniversário? Entendemos que deve incidir a qualificadora do art. 213, sob pena de recair no absurdo de considerar o ato estupro simples. Explica-se: se alguém for vítima do crime no seu 14º aniversário (pela literalidade do texto), não há estupro de vulnerável (art. 217-A) ou estupro qualificado (art. 213, § 1º). Se a infração ocorrer um dia depois, todavia, incide a circunstância mencionada, submetendo o agente a uma pena maior. Essa exegese é absurda e deve ser corrigida mediante interpretação sistemática e teleológica do texto legal. Daí resulta que a conduta relativa ao constrangimento de alguém ao cometimento de ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça, no dia de seu 14º aniversário, deve subsumir-se á figura típica do art. 213, § 1º, do CP.

Quanto ao seu § 1º, o art. 217-A trata de vítima que, por algum tipo de enfermidade ou de deficiência mental, não poderia ter o necessário discernimento para consentir a prática do ato. Trata-se também da vítima que, por outro motivo qualquer, não poderia oferecer resistência, em ambos os casos tanto faz a idade da pessoa abusada. O que deve ser observado aqui, de fato, é se a pessoa possui esse discernimento, ou poderia oferecer resistência na prática do ato, que é o primordial, para consentir ou não. Grandes exemplos disso são casos vistos diariamente de mulheres que são drogadas, alcoolizadas e estupradas, sem nem estarem conscientes. Infelizmente, como poderemos constatar mais adiante, provar tal crime tem sido cada vez mais um desafio para mulheres.

Quanto à contemplação lasciva, para o Superior Tribunal de Justiça, caracteriza o tipo penal do art. 217-A.

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro

de vulnerável. Segundo a posição majoritária na doutrina, a simples contemplação lasciva já configura o “ato libidinoso” descrito nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. (STJ. 5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016. Info 587).

A chamada contemplação lasciva consiste no ato de, sem que haja o toque na vítima, mesmo que seja a distância, o autor tem, por sua vez, o objetivo de satisfazer a sua libido com a nudez alheia. Pode-se dizer que aqui temos a previsão do crime de pornografia infantil.

2 Estupro no processo penal: desafios enfrentados por vítimas mulheres

Para dar início a este tópico, o que deve ser dito primordialmente é que os índices que vemos de vítimas de violências sexuais não chegam nem perto das estatísticas reais. O que acontece, em suma maioria dos casos, é que as mulheres que sofrem este tipo de violência optam por simplesmente não denunciar, sejam por vergonha, ou simplesmente por medo. Segundo estudo divulgado pela 14ª edição do Anuário de Segurança Pública, através do portal Uol, no Brasil ocorre um estupro a cada 8 minutos. O mesmo anuário, em sua 9ª edição, demonstrou que apenas 7,5% dos casos de estupro que acontecem são notificados, ficando mais de 90% dos agressores sem denúncia.

Questiona-se o que causaria tal medo. Poderiam ser listados, durante o emprego desta pesquisa, vários motivos que levam as mulheres a tanta insegurança. O dossiê Violência Contra as Mulheres – Violência Sexual, da Agência Patrícia Galvão, aponta que a maioria das mulheres não denuncia o estupro por medo de que não acreditem nela. O caso da escritora Clara Averbuck, que sofreu abuso de um motorista de aplicativo, ilustra muito bem este tipo de situação. Clara foi até sua página em uma rede social e informou estar refletindo se denunciaria ou não seu agressor por “não saber se quer se submeter à violência que é ir em uma delegacia”. Infelizmente, a falta de acolhimento do sistema judiciário, um sistema que ainda é fortemente influenciado por ideais patriarcais e machistas, em vez de ser para as vítimas um local de acolhimento e aconchego, acaba por se tornar um verdadeiro pesadelo.

2.1 Procedimento policial

O primeiro passo a ser tomado, pela vítima que decide pela denúncia, é se dirigir até uma delegacia de polícia. Nas capitais e em algumas regiões, há delegacias especializadas da mulher, mas nem toda cidade possui tal privilégio. A chamada *notitia criminis* pode então ser feita em qualquer delegacia, sendo especializada ou não. Se feita em uma delegacia da mulher, a perícia é realizada no local; caso seja em uma delegacia comum, a vítima é encaminhada à perícia.

A perícia é realizada em casos de agressão física e estupro consumado, sendo um exame altamente evasivo. O chamado exame de corpo de delito é regulamentado no Art. 158 do CPP, e poderá ser observado a seguir:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído pela Lei nº 13.721, de 2018) I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído pela Lei nº 13.721, de 2018)

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído pela Lei nº 13.721, de 2018)

Importante salientar que é a prova mais comum do tipo penal aqui analisado; entretanto, o grande problema é que, caso a vítima demore muito a procurar a polícia para a realização de tal exame, talvez não seja mais possível ser identificado o crime. Outro ponto é que o aludido exame só consegue provar a existência do ato sexual agressivo, não sendo possível a identificação se este ocorreu mediante emprego da violência ou da grave ameaça, bem como a ausência do consentimento.

Já nos casos em que tratamos de estupro de vulnerável, nas situações em que a vulnerabilidade se dá mediante incapacidade de plenas condições mentais, como, por exemplo, quando a vítima se encontra alcoolizada ou até mesmo drogada, temos problemas ainda maiores. O chamado exame toxicológico é realizado a depender do tipo empregado, sendo verificado há quanto tempo ocorreu o crime. Todavia, seja qual for o tipo de exa-

me, há um número limitado de drogas que este consegue detectar. Essa limitação é um problema, tendo em vista a grande variedade de substâncias ilícitas que temos atualmente. Diariamente, podem ser criadas mais.

Segundo matéria publicada pelo portal G1, após a perícia, a vítima recebe o chamado “coquetel antirretroviral”, que tem como objetivo prevenir a gravidez e doenças sexualmente transmissíveis, como, por exemplo, o vírus da AIDS. Acontece que tal coquetel tem inúmeros efeitos colaterais, como, diarreia, cefaleia, disfunção hepática e diversos tipos de alergia. Posteriormente, durante um mês, as vítimas do crime devem tomar mais de dez comprimidos por dia, os quais também, naturalmente, ocasionam efeitos colaterais, como náuseas e vômitos, além de uma enorme fadiga.

Quanto à solicitação de atendimento ser feita por uma delegada mulher, nem sempre é possível. Somente as delegacias especializadas da mulher são equipadas para atender a tal demanda. O questionamento que fica é: como esse atendimento é realizado em locais que não dispõem de tal privilégio?

Em matéria dada a este mesmo portal, uma mulher de nome Sheylli Calefi conta que foi estuprada no dia 31/12/2016 no interior do estado do Espírito Santo. Imediatamente, ela procurou ajuda da polícia, que a informou que, caso quisesse, teria que se locomover a uma cidade vizinha, que fica a uma distância de 2h30min do local do crime, e que, infelizmente, não poderiam ajudá-la. No dia posterior, com auxílio de amigos, Sheylli foi até a aludida delegacia e foi questionada no momento da denúncia, por um delegado, se teria o endereço do estuprador; caso contrário, não poderia ser dada continuidade à denúncia. Não obstante, o delegado ainda afirmou que ela teria de ter realizado a denúncia no dia do crime, porque, assim, se daria um flagrante.

Outro fator dominante para não ocorrer a denúncia se dá pela sobrevivitização neste processo. As mulheres deliberadamente sofrem preconceito, humilhação e discriminação ao reportar a violência sofrida. A alusão cultural de que a mulher é responsável pela violência devido ao seu comportamento, ao estado em que se encontrava ou até mesmo ao que vestia no momento do crime corrobora para que haja a naturalização da violência sexual e culpabilização da vítima, auxiliando ainda mais a chamada cultura do estupro.

Retornando ao procedimento cognitivo da condução policial, após a condução dos primeiros “cuidados” com a vítima, é

instaurado inquérito policial com a execução de investigação. A investigação apura se houve testemunha no crime, o que, nesses casos, é muito raro, haja vista que o agressor opta por praticar tal ato em lugares escuros, em horários de pouco ou nenhum movimento, exatamente para que a vítima não tenha como pedir por socorro. Após encerrado o inquérito, é iniciada então a fase procedimental processual do crime.

2.2 Procedimento processual

Inicialmente, é importante destacar que a Lei 13.718/2018 modificou consideravelmente o título VI do Código Penal, que trata dos crimes sexuais. Anteriormente a essas mudanças, temos também a Lei 12015/2009, a qual também contribui para que esses crimes acompanhassem de maneira mais efetiva a sociedade contemporânea. Por exemplo, o capítulo VI era nominado como “Crimes contra os costumes”, sendo modificado para “Crimes contra a dignidade sexual”. Claramente, trata-se de um avanço, uma vez que o crime de estupro, por exemplo, não é um delito que vai tão somente contra o costume ou uma simples moralidade da ordem pública, violando a dignidade sexual da vítima, da pessoa.

A ação penal dos crimes sexuais foi modificada pela Lei 13.718/18, no que tange à representação do crime de estupro. Vejamos a seguir o citado artigo:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.

Anteriormente a esta lei, a ação penal pública era condicionada à representação da vítima (ou de seu representante legal) para dar início ao procedimento criminal. Somente poderia se falar em ação penal pública incondicionada nos casos em que a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, ou considerada vulnerável. Em contrapartida, a ação penal pública incondicionada é aquela iniciada pelo próprio MP, independentemente da vontade da vítima. A lei revogou o parágrafo único do art. 225 e estendeu a modalidade de representação a todos os crimes sexuais. Na prática, nem o privilégio de escolher se quer ou não passar pelo processo criminal, se deseja expor sua intimidade e o seu sofrimento, as vítimas de estupro têm mais. Caso chegue ao conhecimento do Ministério Público ou de seus órgãos competentes que

tal crime foi cometido, a ação penal será imediatamente instaurada.

Um processo criminal é iniciado, geralmente, com a denúncia do Ministério Público. Essa denúncia é feita por meio de uma peça processual com a qual o Promotor de Justiça informa ao Poder Judiciário que, possivelmente, há um crime que precisa ser analisado, assim sendo, que há uma pessoa que inicialmente merece ser processada.

2.2.1 Procedimento processual penal dos crimes de estupro à luz do caso Mari Ferrer

Preliminarmente, esta pesquisa decidiu por estabelecer alguns pontos de extrema relevância a serem observados pelo leitor. Trata-se de um trabalho escrito por uma mulher, estudante de Direito, que faz aqui uma análise técnica do caso gravíssimo sofrido por outra mulher. O direito, como dito anteriormente, é uma ciência e que deve ser estudada e levada a sério como tal. Logo, neste momento, a aplicação do Código Penal bem como a de seu Processo serão levadas totalmente em consideração. Contudo, como também já dito previamente, a análise somente da aplicação do Código não basta para elucidar o que aconteceu neste episódio. Há aqui um viés econômico, sociológico, humanitário e obscuro, que deve, sim, ser levado a exame.

Mariana Borges Ferreira, popularmente, após o caso, conhecida como Mari Ferrer, na época do crime tinha 21 anos. Trabalhava com redes sociais, além de também promover eventos na cidade de Florianópolis/SC. Segundo relato da vítima, no dia 15 de dezembro de 2018, foi contratada por uma casa noturna no bairro de Jurerê Internacional, para promover o local e seu evento, e, na ocasião, foi dopada e induzida, por amigas, a se dirigir a um bangalô onde se encontrava o suspeito.

No banheiro deste bangalô, pelo que indicam as poucas imagens das câmeras de segurança colhidas pela investigação do local, foi onde ocorreu o crime. A vítima informa que não se lembra do que aconteceu por um espaço de tempo, e que não se encontrava em plenas condições mentais. Demonstra ainda, por meio de provas, que pediu ajuda por diversas vezes às suas “amigas” via aplicativo WhatsApp, pois na ocasião, como foi demonstrado, a vítima não estava em seu juízo perfeito. A mãe de Mariana relata que sua filha chegou em casa totalmente fora de si e desfigurada, e que até o momento ela pensava que aquilo era somente um episódio de bebedeira (que, é importante

salientar, nunca havia acontecido). No entanto, ao despir sua filha na tentativa de dar um banho, sentiu um forte odor de sangue e esperma em suas roupas íntimas. No dia posterior, ambas se dirigiram até uma delegacia a fim de denunciar o ocorrido. Mariana passou por todos os procedimentos aqui já citados, merecendo destaque o exame pericial, que, durante a sentença, o Juiz do caso, Sr. Rudson Marcos, constatou:

O laudo pericial confirmou a prática de conjunção carnal e **ruptura himenal recente**.

Confirmou-se então que, sim, houve uma relação sexual que resultou na perda da virgindade da vítima. E mais: outro exame ainda foi encontrado nas roupas íntimas de Mariana, sêmen com a posterior confirmação de serem do suspeito de 43 anos. Contudo, em seu primeiro depoimento, o acusado negou qualquer ato de cunho sexual com a vítima. Mais tarde, no decorrer da audiência de instrução e julgamento, André mudou sua versão ponderando que nada aconteceu entre ele e Mariana, além de sexo oral. Alegou ainda que não conseguiu chegar ao ápice na relação, ou seja, não houve ejaculação, pois, segundo ele, a vítima tinha forte odor nas partes íntimas. Portanto, foram apresentadas duas versões pelo suspeito, totalmente opostas, sendo que nenhuma bate com as provas periciais feitas e apresentadas pelo órgão competente.

Posteriormente, foi lavrado também laudo toxicológico, o qual, na oportunidade, apontou resultado negativo. No entanto, deve-se frisar novamente que não significa que Mariana não estava sob efeito de entorpecentes, já que, conforme os próprios peritos Jair Silveira Filho e Bruna de Souza Boff que analisaram o caso:

A janela de detecção depende de diversos fatores, entre eles: o metabolismo, tipo de amostra, substância e dose ingerida. Na maioria dos casos, detectamos medicamentos e drogas em urina até 72 horas após a ingestão e em sangue até 24 horas após a ingestão. Ressalto que não se trata de regra geral, para algumas substâncias não se aplicam essas janelas de detecção.

Merece destaque, ainda, que o Juiz apresentou, durante a sentença, a lista de todas as substâncias pesquisadas. Além de verificar a presença de álcool no sangue da vítima, foi também

consultado se havia a existência de 17 substâncias especificadas, e todas retornaram o resultado “não detectado”. Novamente, os peritos esclarecem:

É provável que existam substâncias que causem estas alterações de percepção **além das pesquisadas rotineiramente por esse Instituto**. Órgãos como o UNODC estimam que **surja uma nova droga sintética por semana no mundo**, o que dificulta a pesquisa de todas elas. É importante frisar que na absoluta maioria dos casos semelhantes a este, as substâncias utilizadas constam das rotineiramente pesquisadas por esse Instituto.

Além das provas periciais e toxicológicas, que, ao que parece, foram minimamente consideradas pelo juiz ao protelar a sentença, teve também neste processo a ocorrência de provas testemunhais. Estas, ocuparam 90% da fundamentação utilizada nesta mesma sentença de 51 páginas do Juiz Rudson Marcos. Neste aspecto, há também alguns pontos que carecem de relevância para esta pesquisa.

A maioria das testemunhas apresentadas ao caso é de funcionários da casa noturna, ou seja, também ‘embaixadores’ que estiveram com a vítima no dia do crime. Importante mencionar que Mariana em suas redes sociais demonstra provas que estas mesmas testemunhas a todo momento denigrem sua imagem publicamente após o ocorrido, na intenção de desqualificá-la. Há depoimentos de pessoas próximas a Mariana, como o de sua mãe, Luciane Aparecida Borges, que garante que ela de forma alguma se encontrava em seu estado natural, apresentando um comportamento totalmente alterado. Luciane atesta que Mariana chorava muito e dizia frases totalmente desconexas e sem sentido, pedindo a todo momento pelo pai e dizendo que não há amigos neste mundo. Contrariamente, os testemunhos dos funcionários, e de outras pessoas sem qualquer relação próxima com a vítima afirmam que ela parecia estar agindo de forma habitual, demonstrando estar sã.

O grande problema aqui é que é muito subjetivo estabelecer quando uma pessoa está em um estado que não pode opor qualquer tipo de resistência. Com exceção dos casos em que a pessoa está desacordada, como, por exemplo, em coma ou desmaiada, todo o resto é, para dizer o mínimo, questionável, o que torna a comprovação extremamente complexa.

No caso aqui narrado, o indagado e impugnado pelas testemunhas é como Mariana “parecia” agir. Se de maneira habitual ou acometida. Quem mais poderia responder a tal pergunta de forma mais verossímil do que as pessoas que têm vínculo afetivo com a vítima? Obviamente, são elas que mais conhecem o que é a “habitualidade” e a “normalidade” na personalidade de Mariana. Porém, exatamente por terem esse vínculo, acabam sendo consideradas meros informantes no processo. Em consequência, seu testemunho detém menor valor probatório.

Já prosseguindo na instrução criminal processual do caso, o que mais é importante destacar nessa pesquisa senão a sua famosa e polêmica Audiência de Instrução e Julgamento? Inicialmente, é de suma importância cientificar que Mariana se encontrava assistida por um defensor público. Em contrapartida, André de Camargo Aranha, ora acusado, como já se sabe, é detentor de uma considerável fortuna e possui família, como ele mesmo faz questão de empossar em diversos momentos de seu depoimento na AIJ, que são ou eram membros do sistema judiciário. Além disso, se encontrou e se encontra ainda assistido por mais de 3 advogados.

O mencionado processo encontra-se em Segredo de Justiça. No entanto, o site “The Intercept Brasil” teve acesso ao vídeo da Audiência em questão, realizada remotamente no mês de julho de 2020, e divulgou trechos totalmente assombrosos e repugnantes do ato. A divulgação desses trechos, bem como a justificativa da sentença protelada desfavorável a Mariana pelo Juiz causaram uma imensa repercussão pública. O caso, que já era considerado famoso, pois Mariana, desde o início, usa suas redes sociais como seu maior auxiliador na busca por justiça, ficou ainda mais devido à situação totalmente esdrúxula sofrida por ela durante o julgamento.

Na sessão de julgamento, o advogado do réu, Cláudio Gastão da Rosa Filho, fez questão de mostrar cópias de fotos consideradas “sensuais” da época em que a jovem era modelo profissional, na tentativa totalmente misógina de desqualificar o crime. Mariana, anteriormente em seu Instagram, já havia apresentado trechos da defesa que fizeram questão de protocolar tais imagens, as retirando de contexto e, inclusive, utilizando de efeitos a fim de adulterá-las. Segue trecho apresentado pela defesa do acusado e publicado pela vítima:

Aspectos profundos de sua personalidade, também devem ser ressaltados e analisados, pois seus

discursos se apresentam ambivalentes do ponto de vista psíquico, demonstrando anteriormente aos fatos, um traço narcisista e exibicionista, conforme se observa.

No momento da apresentação das citadas fotos na audiência, Mariana afirma que a imagem foi adulterada. Ele novamente expõe outro registro e questiona:

Essa imagem aqui foi manipulada?

Em seguida, elogia a beleza da vítima e Mariana repreende:

Muito bonita [a foto] por sinal como o senhor disse, né? Cometendo assédio moral contra mim. O senhor tem idade pra ser meu pai, o senhor tem que se ater aos fatos.

No momento em que Mariana acaba de falar, Gastão se exalta e dispara uma série de agressões contra a vítima:

Graças a Deus eu não tenho uma filha do teu nível e também peço a Deus que meu filho não encontre uma mulher feito você. Não dá pra tu dar o seu showzinho. Teu showzinho você vai lá dar no Instagram depois, pra ganhar mais seguidores. Tu vive disso.

Mariana, vamos ser sinceros, fala a verdade. Tu trabalhava no café, perdeu o emprego, está com o aluguel atrasado há 7 meses, era uma desconhecida. Isso é seu ganha pão, né Mariana? A verdade é essa. É seu ganha pão, a desgraça dos outros. Manipular essa história de virgem...

Essa foto foi extraída de um site de um fotógrafo, onde a única foto chupando dedinho e com posições ginecológicas é a dela. Não tem nada demais nessas fotos?

Mariana, no trecho, pondera:

Mas eu estou de roupa, não tem nada demais mesmo! A pessoa que é virgem, não é freira não, doutor. A gente está no ano de 2020.

Gastão continua com as reiteradas ofensas e ataques:

Não estou dizendo que é freira. Mas por que você apagou essa foto então? E só aparece essa tua carinha chorando... só falta pôr uma auréola na cabeça. Não adianta vir com esse teu choro dissimulado, falso e essas lágrimas de crocodilo.

Finalmente, o promotor, ao perceber o estado emocional da vítima que se encontrava literalmente aos prantos, interrompeu a fala do advogado e questionou se Mariana gostaria de um tempo para se recompor, e informou, ainda, que, caso necessário, suspenderia a audiência. A moça, no entanto, totalmente desesperada, desabafou:

Eu gostaria de respeito, doutor, excelentíssimo, eu tô implorando por respeito, no mínimo! Nem os acusados são tratados da forma que estou sendo tratada, pelo amor de Deus, gente! Nem os acusados de assassinato são tratados como estou sendo tratada! Eu sou uma pessoa ilibada, nunca cometi crime contra ninguém.

Segundo a advogada Juliana Sá de Miranda, sócia do escritório Machado Meyer Advogados, em entrevista dada ao site BBC News Brasil, o ataque às vítimas tem sido corriqueiro em casos de violência sexual no Brasil:

É comum a tentativa de desconstrução da imagem da vítima nos crimes de estupro e assédio sexual. Fala-se da roupa, do comportamento da vítima, na tentativa de convencer o juiz de que ela consentiu com o ato. A vítima muitas vezes acaba tendo que se defender pois passa a se sentir acusada e não mais uma vítima.

Em outro trecho da matéria, o BBC News Brasil apresenta ainda depoimento da criminalista Mariana Zopelar Costódio, que afirma que, em muitos, casos há uma tentativa de julgamento da vítima a partir de características que nada têm a ver com o processo.

Repudio esse tipo de excesso antiético. Muitas vezes, a tentativa é pegar um elemento exterior sobre quem é a vítima, o que ela fazia, para tentar mostrar que houve consentimento.

Por fim, é também entrevistada uma juíza que cuida de casos no âmbito criminal no estado de São Paulo, atuando na área há quase 30 anos. Ela afirma sob análise ao caso Mari Ferrer:

Infelizmente, é comum se desmerecer a vítima como tese de defesa em crimes sexuais. É comum se tentar inverter o ônus da prova, mas ao nível que chegou esse caso eu nunca presenciei.

Trata-se aqui de estratégia utilizada quando a vítima é considerada vulnerável. Mariana é uma mulher, de família carente financeiramente falando, clamando justiça contra um homem, extremamente rico tanto por mérito próprio quanto de berço, de família tradicional que detém amplo conhecimento jurídico, pois já fizeram ou fazem parte deste meio. Mariana, até a audiência de instrução e julgamento, foi assistida pela defensoria pública, que, vale salientar, em momento nenhum durante a audiência se manifestou sobre os absurdos sofridos por Mariana durante a sessão. Não cabe à presente pesquisa questionar a competência da Defensoria Pública, mas basta assistir à audiência para entender que, claramente, não houve ali a devida instrução a Mariana, aliás, muito pelo contrário, o Juiz presidente do ato teve que parar e explicar várias vezes à moça o que ela podia ou não falar /fazer durante seu testemunho.

Os trechos divulgados pelo citado site correspondem a trechos de uma audiência de 3h (três horas) de duração. Esta pesquisa preocupou-se em apurar e assistir a toda a audiência e seus depoimentos, antes de qualquer alegação aqui realizada. Há sim interrupções feitas pelo Juiz em outros trechos, como, por exemplo, no momento em que a defesa foca (ainda não se sabe o motivo) nos aluguéis atrasados da vítima. Entretanto, nos trechos em que o defensor do acusado humilha e desrespeita deliberadamente a vítima, não há nada que pode ser considerado como uma interrupção realmente efetiva, naquele momento. O ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes também se manifestou sobre o caso em sua conta oficial do Twitter escrevendo:

As cenas da audiência de Mariana Ferrer são estarrecedoras. O sistema de Justiça deve ser instrumento de acolhimento, jamais de tortura e humilhação. Os órgãos de correição devem apurar a responsabilidade dos agentes envolvidos, inclusive daqueles que se omitiram.

Conforme o portal G1 do Estado de Santa Catarina, a Corregedoria Nacional de Justiça abriu investigação sobre a conduta do juiz Rudson Marcos durante audiência no processo. O jornal O Globo informa, em matéria, que o presidente da Associação Nacional dos Desembargadores, Marcelo Buhatem, solicita ação rigorosa contra agressões à vítima de estupro. Ainda, segundo a revista Fórum, o advogado Cláudio Gastão da Rosa Filho será investigado pela OAB-SC e terá que justificar sua atuação na audiência.

2.2.1.1 A sentença absolutória e a polêmica do suposto “estupro culposo”

Como a vítima não se recorda absolutamente de nada no que diz respeito ao momento do crime, sob alegações de um lapso de memória, ela não poderia descrever como a violência sexual ocorreu, para comprovar que não houve o tão importante consentimento. Tendo isso em vista, Aranha, quando a denúncia foi feita, foi acusado pela prática prevista no art. 217-A, §1º, segunda hipótese do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos
§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, **ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.**

O crime de estupro na modalidade simples já é complicado de se provar, como citado aqui anteriormente, mas o estupro designado no Art. 217 do CP é ainda mais complexo. Além da violência sexual, é preciso comprovar que a vítima no momento da violência não conseguiria resistir ao ato, e foi exatamente sob essa “massa cinzenta” que o Juiz Rudson Marcos protelou a sentença absolutória. Segue trecho:

Pela prova pericial e oral produzida considero que não ficou suficientemente comprovado que Mariana Borges Ferreira estivesse alcoolizada – ou sob efeito de substância ilícita – a ponto de ser considerada vulnerável, de modo que não pudes-

se se opor a ação de André de Camargo Aranha ou oferecer resistência.

Como comprovar o estado da vítima é elemento primordial do tipo penal, o argumento suscitado pelo Juiz é aceitável, pois, como vimos, chegar a tal conclusão depende de análise totalmente subjetiva. O que não se justifica de forma alguma é a ausência de desqualificação do delito, sendo o réu totalmente absolvido. Ainda que houvesse razões para que o acusado não fosse enquadrado na modalidade de estupro de vulnerável mediante a negativa do laudo toxicológico, fato é que o laudo pericial provou que o ato sexual definitivamente ocorreu, e sem o consentimento expresso da vítima. Neste caso, poderia ser imputado a André o delito de estupro previsto no Art. 213, *caput*, também do Código Penal.

Inicialmente, o Ministério Público ofereceu a denúncia, confirmando a materialidade delitiva, confirmando que foi André quem cometeu o crime, que houve a conjunção carnal e que, inclusive, a vítima estava vulnerável. Contudo, em momento primordial ao processo, o MP, em situação quase que inédita, se posicionou pela absolvição completa do réu, sendo um órgão originalmente responsável pela acusação. O Promotor de Justiça Thiago Carrico de Oliveira estava ali no processo representando a vítima, e, na ocasião, deveria sustentar que houve o crime de estupro, segundo laudo pericial e a palavra da vítima, que informou, por diversas vezes, que jamais consentiu o ato. Se não existiam elementos que comprovassem que a vítima se encontrava vulnerável, que pelo menos a promotoria exigisse que o acusado fosse enquadrado na hipótese de estupro do Art. 213, com base nas informações e provas obtidas durante a condução processual, e não simplesmente pugnar pela absolvição total do réu. A jurista Bárbara Madruga da Cunha, mestre em Direito pela UFSC e atuante na área do Direito Criminal, esclarece, por meio de artigo publicado no site Jus.com:

*O Ministério Público de Santa Catarina, entretanto, **fez uma defesa inédita do réu** em seu parecer. Quem trabalha no meio jurídico, sobretudo no âmbito criminal, sabe que **são raríssimos os casos em que a promotoria se posiciona em favor do acusado.***

*Enquanto representante da vítima, **só é legítimo que o Ministério Público se manifeste pela absolvição do réu em casos em que não***

há materialidade do delito ou que as provas indiquem com bastante clareza que o réu é inocente, de modo que não existam elementos capazes de formar uma acusação. ***Definitivamente, não é o que acontece no caso.*** O exame pericial comprova que houve ato sexual e que o sêmen era de Aranha, e ***não há elementos capazes de levar a acusação a sustentar que o réu acreditava estar realizando um ato sexual consensual*** – já que não se teve acesso às imagens das câmeras do Café de la Musique, que poderiam comprovar se alguém colocou substâncias entorpecentes na bebida de Mariana e se essa pessoa estava associada a Aranha.

Para fundamentar pela absolvição total de Aranha, o Ministério Público teria sustentado a tese tão polêmica de “estupro culposo”. Obviamente, o promotor não utilizou o termo, haja vista que seria impossível usar de tal cinismo ao pugnar por esta modalidade escancaradamente, já que o crime de estupro não permite a modalidade culposa exatamente por exigir total intenção do agente. Entretanto, em resumo, foi isso que o representante do órgão quis dizer. Quando se viu que não poderia contestar a existência da conjunção carnal, mesmo Aranha ainda insistindo na hipótese de que não houve tal situação, pois não poderiam ser contestados os laudos periciais, o Ministério Público simplesmente alegou que não teria como André ter conhecimento que a vítima, Mariana, estaria inconsciente. Segundo MP, para Aranha, Mariana estava ali naquele momento realizando os atos sexuais por livre vontade e com plena consciência. Ou seja, o promotor, na tentativa de justificar o injustificável, no momento em que decidiu contradizer a si e ao seu papel de tutelar interesses DA VÍTIMA, sustentou, sim, que o estupro foi culposo, uma vez que, segundo ele, André não teria a intenção de estuprar Mariana.

O Ministério Público, ao optar por simplesmente ir contra o seu papel e atuar em desfavor da vítima, comprometeu o princípio do contraditório no processo penal, bem como também o da paridade de armas (aquele que designa que, dentro do processo, deve-se haver igualdade de instrumentos de investigação e de tratamento entre as partes), pois Mariana neste momento fica em total desamparo e, em consequência, acaba por se manter em condição de desigualdade com o réu, que já tem seu direito de defesa assegurado, independentemente de qualquer

situação. O único que tem como obrigação observar o princípio da imparcialidade e julgar sob esse mesmo princípio é o Juiz. No entanto, resta claro que o Ministério Público assumiu este papel ao longo desta instrução processual penal. O próprio Juiz do Caso, Sr. Rudson, durante sua sentença, reconheceu que a promotoria assumiu seu papel, em trecho citado a seguir:

Com isso bem posto, **não há qualquer possibilidade de o juiz condenar quando o representante do Ministério Público requer a absolvição.** Proceder dessa forma seria uma fraude ao sistema acusatório, inclusive, frente à positivação recente de tal sistema em nosso ordenamento jurídico.

A título de conclusão, deve-se destacar que este caso é somente mais um exemplo deplorável de como as vítimas de crimes sexuais são tratadas durante a instrução processual que sucede à sua decisão de denúncia. A reiterada escolha do Ministério Público por se omitir a tutelar os interesses da vítima resta mais do que clara, pois é vista em mais de um ato na instrução criminal. O promotor não interveio nem no momento da desprezível atuação do advogado do réu durante a famigerada audiência. O seu parecer final mais se assemelha a uma peça de defesa do que uma representação aos interesses da vítima. O objeto deste trabalho não é verificar se Mariana está ou não dizendo a verdade, aliás, fazer tal juízo de valor seria impossível, tendo em vista não haver acesso à integralidade do processo, pois o mesmo se encontra tramitando em Segredo de Justiça. O que foi feito aqui é a simples análise técnica da condução processual, o que ficou mais do que provado ser totalmente parcial. O Judiciário, novamente, demonstra que o mais importante é manter a sua estrutura totalmente machista e patriarcal. Mariana não teve seus interesses defendidos, muito menos seus direitos assegurados. Mais uma vez, brilhantemente a jurista Bárbara Madruga, em seu artigo ao Jus, constata:

Esse caso também é representativo do patriarcalismo jurídico no direito penal, perpetuado não só nas práticas judiciais, mas também na legislação criminal, visto que os tipos penais relativos ao estupro permitem a interpretação de que só há violência sexual quando a vítima é impedida de interromper ou de impossibilitar o ato,

ignorando que **os abusadores não avisam nem pedem licença para violar nossos corpos** e, diante do choque e do medo, muitas vezes a única reação possível é a de permanecer imóvel.

3 Sequelas emocionais causadas a vítimas de estupro

Dia 15/12 faz 1 ano do crime que devastou minha vida e afetou a minha família. Vivo dentro de casa acuada, não saio, não vejo pessoas e não faço amizades. Revivo o crime todos os dias seja aqui ou por estar sempre a par do processo. Passo mal e tento ser forte. 1 ano sem ir ao cinema, andar na rua ir em um clube. Tenho receio de tudo e todos. Não passeio ou vejo pessoas. Sabe como machuca? Nunca mais passei maquiagem ou me arrumei. Minha vida se resume a choros, crises de pânico, ansiedade, vômitos, raiva, gritos.

O trecho citado anteriormente é um relato publicado por Mariana Borges Ferreira, em sua rede social Instagram, na passagem de um ano do crime. Tal relato é somente mais um exemplo lamentável de como as vítimas sobreviventes deste tipo penal convivem com o trauma de tal violência. De acordo com o SINAN (Sistema de Informação de Agravos de Notificação), em 23,3% dos casos de estupro, as vítimas são diagnosticadas com estresse pós-traumático.

Em artigo publicado no site UOL, o médico especialista Dráuzio Varella esclarece que o transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) é ocasionado ao portador que sofreu algum tipo de experiência de atos violentos ou situações traumáticas. Ele desenvolve em quem detém diversos efeitos coletários, tanto físicos quanto psíquicos e emocionais. Essa doença faz com que o portador reviva o fato traumático por diversas vezes, sentindo a mesma dor, o mesmo sofrimento, as mesmas sensações, em suma, como se o fato estivesse ocorrendo naquele exato momento, repetidas e repetidas vezes. Essa traumática recordação desencadeia alterações neurofisiológicas e mentais. Dráuzio Varella, neste mesmo artigo, indaga:

Aproximadamente entre 15% e 20% das pessoas que, de alguma forma, estiveram envolvidas em casos de violência urbana, agressão física, abuso

sexual, terrorismo, tortura, assalto, sequestro, acidentes, guerra, catástrofes naturais ou provocadas, desenvolvem esse tipo de transtorno.

O Ministério da Saúde reconhece que a violência sexual é uma questão de saúde pública devido a tantos problemas que essa violência pode gerar em suas vítimas. Quando o ato não é tão violento a ponto de matar a vítima no momento do ato, quem sofre tal violência incorre no risco de simplesmente não suportar as sequelas deixadas.

Muitos são os casos e relatos de mulheres que, após serem vítimas da violência sexual, tiveram os mais variados tipos de doenças mentais, e o TEPT, já citado aqui, é somente um exemplo disso. Muitas são as mulheres que simplesmente param a vida. Deixam de ser estudantes, deixam de trabalhar, e até mesmo de se relacionarem pelo simples fato de não conseguir mais conviver em sociedade com tamanho trauma. O site Extra do sistema Globo divulgou matéria em que demonstra diversos relatos de vítimas de estupro, os quais serão citados logo a seguir. É chocante como as mulheres, após o crime, não conseguem colocar sua vida em ordem por um longo período e, muitas vezes, até indefinidamente. É muito comum que as vítimas comecem a acreditar, inclusive, que a culpa do crime é sua.

Por muito tempo, só conseguia tomar banho para limpar aquela sujeira imaginária. Tive dificuldades num relacionamento.

P., 48 anos, estuprada aos 20, enquanto fazia uma trilha.

Essa culpa causada pelo trauma muitas vezes leva a vítima a pensar que deu motivação a tal ato. Não só a culpa, mas, infelizmente, a falta de apoio e o entendimento social já demonstrados nesta pesquisa também levam a este tipo de pensamento. O julgamento social tende a questionar os motivos do crime utilizando como espelho, principalmente, a vítima. As pessoas tentam motivar a violação utilizando os mais variados fatores, como personalidade, aparência, jeito de falar ou andar, o local em que a vítima se encontrava, o horário e até mesmo o que vestia. A sociedade, infelizmente, ainda idealiza o “tipo de mulher ideal”, um padrão a ser seguido e quem foge a esse padrão caso sofra esse tipo de crime, infelizmente, é questionado, em vez de acolhido. De culpa, passa-se ao sentimento de impotência, que é claramente um reflexo do pânico causado pelo episódio sofrido.

do. Daí o real motivo da suma maioria das vítimas simplesmente não conseguirem prosseguir com sua vida, normalmente optando por se enclausurarem. Elas têm dificuldade de manter relacionamentos, de confiar nas pessoas. Muitas, após o crime, dependem da família para sobreviver.

Entrei em depressão. Como minha família não soube o que houve, não podia “viver” minha tristeza. Meu namorado ficou meses sem poder tocar em mim. Não saía mais, passei a evitar a casa dos meus pais. Pouco tempo depois, não aguentei e pedi demissão. Troquei um excelente emprego por outro inferior, mas bem longe de onde tudo ocorreu.

Y., 19 anos, estuprada pelo tio enquanto dormia, aos 16.

Duvidei por muito tempo da minha inteligência. Pensava: “Como uma universitária vai ser tão burra de ir para um lugar suspeito?” A depressão e a estafa vieram por eu não querer ser um fardo econômico para a família. E tiveram seu pico quando tentei me matar. A depressão era tão profunda que, no tratamento, tive que reaprender a respirar.

F., 24 anos, estuprada aos 23, no caminho para o trabalho.

Da fobia de conviver em sociedade e de viver uma vida comum, as consequências tendem a tornar a doença mais séria: a depressão. Segundo dados da OMS (Organização Mundial de Saúde), o Brasil é o segundo país das Américas com maior número de pessoas depressivas, pelos mais diversos motivos. O grande problema causado pela depressão é que, dependendo do grau de sua natureza, dificilmente quem a detém consegue sair sozinho, sem ajuda de um profissional.

De acordo com o site Tua Saúde, os sintomas da depressão são os mais variados. Todavia, se faz importante destacar os principais, quais sejam: súbita perda da capacidade de sentir prazer ou alegria; vazio; tristeza recorrente; humor depressivo; autodesvalorização; sentimento inquietante de culpa; falta de energia; sonolência ou insônia; preguiça ou cansaço excessivo; falta de concentração e, o pior de todos, perda da vontade de viver. Inevitavelmente, os profissionais que têm preparo técnico para tratar de pessoas portadoras desse distúrbio emocional tão sério demandam um custo que grande parte da população

brasileira não dispõe. Nos casos de vítimas de estupro, a Lei 12.845/2013, em seu Art. 1º, estipula:

Art. 1º Os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social.

Infelizmente, essa lei não logrou êxito ao sair do papel. Como de praxe no Brasil, o despreparo recorrente para atender à grande demanda nos postos e hospitais do Sistema Único de Saúde não foi suficiente para atender a essas mulheres que passam por tal dano psicológico. O portal G1, em matéria publicada, relata o despreparo dos profissionais em hospitais, mesmo depois de 5 anos da lei em vigor. Em trecho, a jornalista Tatiana Coelho informa:

Muitos ainda desconhecem a lei e o que podem exigir em casos de estupro. Saber que ela existe, porém, também não garante o atendimento: vítimas relatam ter enfrentado dificuldades em hospitais que não são referência e despreparo por parte de quem atende.

Por fim, deve-se destacar a consequência mais grave acarretada por tal agressão: o suicídio. Em pesquisa feita, foi possível identificar, ao longo dos anos, dezenas de casos de mulheres que, após sofrerem o estupro, não conseguiram conviver com citadas repercussões psicológicas. O que é mais chocante constatar é que a maioria dessas vítimas possui menos de 15 anos de idade, e sofrem esse tipo de dano por anos a fio, seja ela exercida por algum parente ou amigo próximo à família.

O site Campo Grande News, em matéria divulgada no dia 06/10/2021, relata um caso, para dizer no mínimo, alarmante. Uma adolescente de 16 anos tentou cometer suicídio após sofrer abusos sexuais de seu tio de 48 anos, por um período de 6 anos. A vítima relatou à mãe que começou a sofrer tais atos de violência quando tinha apenas 8 anos de idade, e que, na ocasião, o tio a ameaçava de morte para que não fosse descoberto. Na tentativa desesperada de se livrar daquela situação, a menina se jogou na frente de uma motocicleta. Atualmente, o suspeito responde o crime em liberdade.

Depressão, esquizofrenia e dependência química são as principais causas que levam uma pessoa a ser um potencial suicida. Esses problemas, segundo a Associação Brasileira de Psiquiatria, poderiam em 90% dos casos ser evitados. Infelizmente, o trauma de passar por uma invasão tão grave ao seu corpo, à sua vida e sua intimidade, frequentemente, leva a essas vítimas à perda de momentos essenciais à vida de qualquer pessoa, como o convívio saudável e feliz com os seus familiares e amigos, a prazeres de vida, enfim, a viver. Importante se faz salientar que quem comete tal ato repugnante não retira da vítima tão somente seu direito de escolha, retira também seu direito de sonhar, de ser livre e feliz.

Conclusão

A exorbitante falta de atenção do sistema judiciário brasileiro às vítimas de crimes sexuais, escancarado dia após dia na sociedade contemporânea, acarreta problemas sem precedentes tanto no âmbito social quanto no âmbito penal. Lamentavelmente, é de conhecimento de suma maioria que a punição a quem comete este tipo de crime é particularmente mais burocrática, possuindo um grau de dificuldade incompreensível. Além do mais, sabe-se que o direcionamento punitivo mais “efetivo” tem cor, classe social e, também, possui conta bancária. Essa nítida impunibilidade causa a possíveis criminosos a coragem que lhes faltava para cometer referidos atos simplesmente por sabermos que as consequências dificilmente os alcançarão. Cabe ao sistema legislativo produzir novas leis que tenham mais efetividade, mantendo sempre como principal ideal a busca pela justiça, inclusive, modificando o sistema processual penal para que a palavra da vítima realmente tenha um maior peso quando se tratar de provar a violência.

Mais urgente que a reforma do sistema processual nestes casos, deve ser a de acolhimento no primeiro lugar em que as vítimas procuram por acalento: as delegacias policiais. Produzir um sistema mais efetivo, com maior número de delegacias especializadas em mulheres, não somente nas capitais, mas também dando a devida atenção às cidades do interior, é fundamental para promoção da busca por justiça nestes casos. Não há como um homem entender o sentimento de dor e sofrimento acarretado a uma mulher que sofre uma violência deste nível. A contratação de maior poder policial feminino só estará acompanhando o número de casos de estupro no Brasil, que só aumen-

ta cada dia mais. É necessário que haja esse cuidado, para que, assim, as mulheres realmente se sintam acolhidas e, conseqüentemente, se sintam mais à vontade para denunciar tais atos.

Quanto ao acolhimento médico-hospitalar, observamos ao longo desta pesquisa que, mesmo com a Lei 12.845/2013 em vigor, ainda é vergonhoso como o atendimento a vítimas de estupro não é consideravelmente eficaz. Um cuidado especial deveria ser destinado a essas pessoas tanto fisicamente, com o auxílio de medicamentos menos agressivos, quanto psicologicamente, com a ajuda de profissionais realmente capacitados. O amparo psíquico é fundamental para dirimir os estragos ocasionados por este tipo de violência na vida dessas mulheres. A sua reintrodução a um convívio saudável em sociedade é primordial para que essas vidas não sejam perdidas e levadas pela depressão ou até mesmo, nos casos mais graves, pelo suicídio.

Por fim, a questão central aqui introduzida, e talvez a grande responsável por normalizar tamanha violência, é o machismo estrutural perpetuado e dirimido por anos a fio na história da sociedade. Desde os primórdios, ser mulher é lutar todos os dias, seja por reconhecimento, por respeito, por humanidade, ou, até mesmo, por sobrevivência. Não importa o motivo, ser mulher é uma luta diária e constante. É importante a todas, sejam elas vítimas ou não de qualquer tipo de abuso, compreender que esta busca incansável por direitos deve ser feita, independentemente das conseqüências que tal decisão causará. O caminho da denúncia, independentemente de qualquer coisa, deve ser sempre priorizado, pois quando alguém que sofre tal violência decide pela omissão, as conseqüências geradas não são tão somente direcionadas a esta mulher, e sim a todas.

Denunciar, nunca se omitir e nunca aceitar qualquer ato que diminua o sexo feminino, como ser humano, é compreender o papel fundamental que cada mulher tem perante a população. Nunca se ouviu tanto falar em igualdade e isonomia entre os sexos, e sobre a importância de se conseguir tal feito. Possuir os mesmos salários, entender que ambos têm plena capacidade de ser o que quiser ser, entender que liberdade não é privilégio destinado ao sexo masculino, trata-se de sonhos ainda um pouco distantes, mas a cada dia mais próximos.

Referências

ANÁLISE jurídica do caso Mari Ferrer: A Justiça em defesa das estruturas patriarcais. **Jus.com.br**, [s. l.], 11 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86582/analise-juridica-do-caso-mari-ferrer>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

ANDREOLI, LARISSA. Caso Mariana Ferrer: Advogado da influencer destaca provas irrefutáveis e expõe contradição de promotor: 'Estamos confiantes na reversão. **HUGO GLOSS**, [s. l.], 5 nov. 2020. Disponível em: <<https://hugogloss.uol.com.br/brasil/caso-mariana-ferrer-advogado-da-influencer-destaca-provas-irrefutaveis-e-expoe-contradicao-de-promotor-estamos-confiantes-na-reversao/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BASTOS, GABRIEL. CASO Mari Ferrer: André de Camargo Aranha é absolvido em segunda instância, após acusação de estupro; saiba detalhes. **HUGO GLOSS**, [s. l.], 7 out. 2021. Disponível em: <<https://hugogloss.uol.com.br/brasil/caso-mari-ferrer-andre-de-camargo-aranha-e-absolvido-em-segunda-instancia-apos-acusacao-de-estupro-saiba-detalhes/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BIZZO GROSSI, Flavio. Análise técnica do caso Mariana Ferrer. **JUSTIFICANDO**, [s. l.], 11 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/11/11/analise-tecnica-do-caso-mariana-ferrer/>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRANDALISE, Camila. Estupro: o que é, qual a pena, quando é possível denunciar e outras dúvidas: Estupro é um dos crimes que mais faz vítimas no país. A estimativa é que uma mulher seja violentada a cada oito minutos. **Universa**, [s. l.], 8 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/faq/estupro-o-que-e-qual-a-pena-quando-e-possivel-denunciar-e-outras-duvidas.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CARBONI, Camille. Da notificação do crime até a sentença, saiba os caminhos da denúncia de estupro: Em um caso de estupro, existem cerca de nove etapas que separam a notificação do crime em uma delegacia até a definição da sentença pelo juiz. **ÚLTIMO SEGUNDO**, [s. l.], 3 out. 2017. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2017-10-03/denuncias-de-estupro.html>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CENTAMORI, Vanessa. Luto e dor invisíveis: como o estupro afeta a saúde mental das vítimas. **VIVA BEM UOL**, [s. l.], 16 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/11/16/luto-e-dor-invisiveis-como-o-estupro-afeta-a-saude-mental-das-vitimas.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

COELHO, Tatiana. Lei completa 5 anos, mas atendimento no SUS a vítimas de estupro ainda enfrenta

problemas: Vítimas apontam despreparo de profissionais em hospitais. Ministério Público Federal lançou campanha para divulgação da lei 12.845. **G1 GLOBO**, [s. l.], 22 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/11/22/lei-completa-5-anos-mas-atendimento-no-sus-a-vitimas-de-estupro-ainda-enfrenta-problemas.ghtml>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

CORRIERI, Bernardo. Do Crime de Estupro, Art. 213 do Código Penal: Advogado Criminalista Brasília. **Jus.com**, [s. l.], 04 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65224/do-crime-de-estupro-art-213-do-codigo-penal-estupro-advogado-criminalista-df-advogado-criminalista-brasil>>. Acesso em: 22 out. 2021.

COUTO, Suane. Análise da materialidade nos crimes de estupro contra crianças e vulneráveis: DIREITO PENAL CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL ESTUPRO. **Jus.com.br**, [s. l.], 12 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70977/analise-da-materialidade-nos-crimes-de-estupro-contra-criancas-e-vulneraveis>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

EDUARDA, Maria. O Valor Probatório da Palavra da Vítima na Condenação do Crime de Estupro. **ÂMBITO JURÍDICO**, [s. l.], 1 ago. 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-valor-probatorio-da-palavra-da-vitima-na-conde>

nacao-do-crime-de-estupro/amp/>. Acesso em: 23 out. 2021.

FARINELLI, Victor. Advogado que humilhou Mariana Ferrer será investigado pela OAB-SC: Cláudio Gastão da Rosa Filho terá que justificar sua atuação na audiência, na qual ele insultou a vítima, a culpou pelo estupro e expôs fotos suas sem o seu consentimento, e corre o risco de ter sua carteira cassada. **FORUM**, [s. l.], 8 nov. 2020. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/brasil/advogado-que-humilhou-mariana-ferrer-sera-investigado-pela-oab-sc/>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

FEDERICI GOMES, Magno; OLIVEIRA FREITAS, Frederico. DIREITO CIVIL: Lacunas no direito. **ÂMBITO JURÍDICO**, [s. l.], 1 abr. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/lacunas-no-direito/>>. Acesso em: 22 out. 2021.

FRIAS, Silvia. Tentativa de suicídio de adolescente revela seis anos de estupros: Menina começou a ser estuprada quando tinha 8 anos pelo tio e padrinho, que a ameaçava de morte. **CAMPO GRANDE NEWS**, [s. l.], 6 out. 2021. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/tentativa-de-suicidio-de-adolescente-revela-seis-anos-de-estupros>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

GUIMARÃES, Ana Cláudia. Caso Mariana Ferrer: Associação Nacional dos Desembargadores quer ação rigorosa contra agressões à

vítima de estupro. **O GLOBO**, [s. l.], 4 nov. 2020. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/caso-mariana-ferrer-associacao-nacional-dos-desembargadores-quer-acao-rigorosa-contra-agressoes-vitima-de-estupro.html>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

G1 (BRASIL). Como fazer uma denúncia de estupro: Boletim de ocorrência pode ser feito em qualquer delegacia e basta relato da vítima para que se iniciem as investigações. **G1 GLOBO**, [s. l.], 2 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/como-fazer-uma-denuncia-de-estupro.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

G1 (SANTA CATARINA). Caso Mariana Ferrer: ataques a blogueira durante julgamento sobre estupro provocam indignação: CNJ abriu investigação sobre conduta de juiz que inocentou empresário em SC. Promotor que pediu absolvição disse que não houve provas de dolo, ou seja, intenção de cometer estupro.. **G1 GLOBO**, [s. l.], 3 nov. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/11/03/caso-mariana-ferrer-ataques-a-blogueira-durante-julgamento-sobre-estupro-provocam-indignacao.ghtml>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

HUMANOS. Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes. **GOV.BR**, [s. l.], 18 maio 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes)

[br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes). Acesso em: 5 nov. 2021.

G1 (SÃO PAULO). Escritora Clara Averbuck denuncia ser vítima de estupro de motorista de Uber: Empresa diz que motorista foi banido e que está à disposição para colaborar com as investigações. **G1 GLOBO**, [s. l.], 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/escritora-clara-averbuck-denuncia-estupro-de-motorista-de-uber.ghtml>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

LAZZERI, THAIS. AS VIOLÊNCIAS DEPOIS DO ESTUPRO: A vítima, geralmente menor de idade, precisa vencer a vergonha, convencer médicos de que sofreu uma violência sexual e tomar centenas de remédios para evitar doenças. **ÉPOCA**, [s. l.], 25 maio 2016. Disponível em: <<https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2016/05/violencias-depois-do-estupro.html>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

LOBO, Hewdy. Quais as consequências psicológicas do estupro? 8. **Jus Brasil**, [s. l.], 2016. Disponível em: <<https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/344162361/quais-as-consequencias-psicologicas-do-estupro>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MACHADO, Leandro; MORI, Letícia. Caso Mariana Ferrer: desmerecer a vítima é comum em casos de estupro, relatam advo-

gados. **BBC NEWS**, [s. l.], 4 nov. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54803352>. Acesso em: 13 nov. 2021.

MIRANDA DA SILVA FILHO, Acacio. Estupro: O que a vítima deve fazer para realizar queixa, quais são as provas e qual a penalização para o crime?. **ÂMBITO JURÍDICO**, [s. l.], 22 set. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/noticias/estupro-o-que-a-vitima-deve-fazer-para-realizar-queixa-quais-sao-as-provas-e-qual-a-penalizacao-para-o-crime/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MOIÓLI, Julia. Como é feito um exame de corpo de delito?: Exame, feito em pessoas vivas e mortas, só pode ser realizado por médico legista e serve para esclarecer como a vítima foi agredida. **SUPER INTERESSANTE**, [s. l.], 9 abr. 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-e-feito-um-exame-de-corpo-de-delito/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MP PARANÁ (BRASIL). CAOP; COSTA, Gilberto. ESTATÍSTICAS - Estupro bate recorde e maioria das vítimas são meninas de até 13 anos: Anuário de Segurança Pública aponta aumento de feminicídio. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**, PARANÁ, p. 1-1, 18 nov. 2021. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/2020/03/233/ESTATISTICAS-Estupro-bate-recorde-e-maioria-das-vitimas-sao-meninas>

[de-ate-13-anos.html](#)>. Acesso em: 23 out. 2021.

OLIVEIRA, Monique. Como é o atendimento médico a uma vítima de estupro: Exames laboratoriais para ajudar na investigação, pílula do dia seguinte e antirretrovirais, além do acompanhamento psicológico por seis meses. Confira como é o protocolo de atendimento a vítimas de violência sexual. **G1 BEM ESTAR**, [s. l.], 4 set. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/como-e-o-atendimento-medico-a-uma-vitima-de-estupro.ghtml>. Acesso em: 12 nov. 2021.

OTTO, ISABELLA. Como denunciar um caso de abuso sexual, estupro e/ou agressão?: Denúncias podem ser feitas presencialmente ou por telefone/e-mail. Na maioria dos casos, o anonimato é garantido. **CAPRICHÔ**, [s. l.], 25 fev. 2020. Disponível em: <<https://capricho.abril.com.br/comportamento/como-denunciar-um-caso-de-abuso-sexual-estupro-e-ou-agressao/>>. Acesso em: 5 nov. 2021.

PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **CÓDIGO PENAL**, [S. l.], 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI Nº 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018. **LEI DE**

CRIMES DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL, [s. l.], 24 set. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

RIGUE, André. Brasil lidera casos de depressão na quarentena, aponta pesquisa da USP: Saúde física e mental está diretamente ligada com atividades de lazer, e, em tempos de pandemia, os parques se tornaram uma das poucas opções seguras. **CNN BRASIL**, [s. l.], 8 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/brasil-lidera-casos-de-depressao-na-quarentena-aponta-pesquisa-da-usp/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

RODRIGUES MAGGIO, Vicente de Paula. DIREITO PENAL: O estupro e suas particularidades na legislação atual. **Jus Brasil**, [s. l.], 2012. Disponível em: <<https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/o-estupro-e-suas-particularidades-na-legislacao-atual>>. Acesso em: 22 out. 2021.

THYONE ALMEIDA DE ROSA, Cássio. A perícia no caso Mariana Ferrer: O crime de estupro (incluindo-se a modalidade de estupro de vulnerável) é um dos mais difíceis e complexos quando se trata da produção das provas e formação de convicção. **Fonte Segura**, [s. l.], 10 nov. 2020. Disponível em: <https://fontesegura.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/Ed_63_Pericia_em_evidencia_A_pericia_no_caso_Mariana_Ferrer.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

VARELLA, DRAUZIO. Transtorno do estresse pós-traumático. **DRAUZIO UOL**, [s. l.], 2020. Disponível em: <<https://drauzio.varella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/transtorno-do-estresse-pos-traumatico/>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

VELOSO, Ana Clara; CLAVERY, Elisa. Consequências de estupros vão de fobia, depressão e estresse pós-traumático a suicídio. **EXTRA**, [s. l.], 26/06/2016. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/consequencias-de-estupros-va-de-fobia-depressao-estresse-pos-traumatico-suicidio-19585552.html>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

ZAMBARDA DE ARAUJO, Pedro. Gilmar Mendes quebra a internet ao se posicionar sobre o caso Mariana Ferrer. **O ESSENCIAL**, [s. l.], 3 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/gilmar-mendes-quebra-a-internet-ao-se-posicionar-sobre-o-caso-mariana-ferrer/>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

Dos crimes contra a liberdade e a dignidade sexual: estupro virtual

Taynna Rafaella Souza Reis
*Acadêmica de Direito do Centro
Universitário Newton Paiva*

RESUMO

Este artigo trata do crime de estupro virtual que se dá no ciberespaço, tutelado pelo Código Penal brasileiro através do artigo 213, reformulado pela Lei 12.015/09, na qual o criminoso constrange a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. A metodologia utilizada para realizar o estudo foi baseada em pesquisa bibliográfica, e os pontos abordados foram fundamentados em posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e trabalhos científicos, com o intuito de concretizar a tese defendida de que o fato do crime de estupro ser cometido em meio virtual não fere o princípio da legalidade. A tutela da liberdade e da dignidade sexual como bem jurídico penal, concretizada pela nova lei, é um avanço na seara jurídica, que passou a proteger pessoas, punindo o sujeito ativo do crime de estupro, seja em ambiente real como em ambiente virtual.

Palavras-chave: Dignidade sexual. Estupro. Lei nº 12.015/2009. Virtual.

ABSTRACT

This article deals with the crime of virtual rape that takes place in cyberspace, protected by the Brazilian Penal Code through article 213, reformulated by Law 12.015/09, in which the criminal constrains the victim, through violence or serious threat, to have carnal conjunction or to practice or allow another libidinous act to be performed with him. The methodology used to carry out the study was based on bibliographical research and the points discussed were based on doctrinal, jurisprudential and scientific papers, in order to concretize the thesis defended that the fact that the crime of rape is committed in a virtual environment does not hurt to the principle of legality. The protection of sexual freedom and dignity as

a criminal legal asset, implemented by the new law, is an advance in the legal field, which started to protect people, punishing the active subject of the crime of rape, whether in a real or virtual environment.

Keywords: Sexual dignity. Rape. Law nº. 12,015/2009. Virtual.

Introdução

A revolução informática trouxe, através do acesso a uma rede mundial que liga todos os povos em uma única dimensão espaço e tempo, uma utilização positiva, compreendida como cultura e conhecimento, mas também abriu as portas do mundo a toda espécie de comportamentos negativos.

A internet é uma rede pública de computadores que possibilita a comunicação universal. É uma realidade que não para de se expandir e se transformar, proporcionando, cada vez mais, a interatividade entre os relacionamentos humanos.

Este sistema formado pela tecnologia de informação e comunicação permite que as pessoas interajam no ambiente virtual em diversas atividades, oferecendo inúmeras possibilidades de informações instantâneas e sem fronteiras definidas.

Ressalta-se que esse instrumento da comunicação pode propiciar a criação de muitas alternativas positivas, tais como os movimentos sociais e culturais pela luta dos direitos humanos, ambientais, educacionais, etc. Mas, por outro lado, condutas ilegais fazem emergir o lado negativo na internet, como as fraudes por manipulação de dados, espionagens e piratarias, atentados à vida privada, prejuízos econômicos diretos, indiretos e intangíveis, atos de natureza libidinosa, chantagens e extorsões, estupro virtual, etc.

Sendo o objeto deste artigo o estupro virtual, que tem como bem jurídico tutelado a liberdade sexual da mulher e do homem, que, certamente, está vinculado à dignidade da pessoa humana.

A Lei nº 12.015/2009, modificando o Código Penal no que se refere ao crime de estupro que passou a abranger o ato libidinoso propriamente dito, veio para atender às demandas de *lege ferenda* de consideráveis setores doutrinários e jurisprudenciais.

O objetivo deste artigo é verificar como o estupro virtual se amolda ao art. 213 do Código Penal, considerando que o crime de estupro não mais consiste exclusivamente na conjunção car-

nal. O ato de constranger alguém para que pratique em frente a uma câmera de vídeo digital masturbação, sexo oral, toques íntimos, posições sexuais eróticas aos olhos do constrangedor, sob violência ou grave ameaça, pode, em tese, ser considerado crime de estupro, mesmo que tenha ocorrido no ambiente virtual.

Caso configurado, o delito descrito como estupro virtual está inserido no rol dos crimes hediondos, e o seu agente não tem o benefício da anistia, graça, indulto e fiança. A pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, devendo o processo tramitar em segredo de justiça, devendo constar da autuação apenas as iniciais do autor e da vítima.

1 Crimes sexuais

O Código Penal brasileiro mantinha os delitos sexuais sob o Título IV do diploma de 1940 como: “Dos delitos contra os costumes”. A Lei 11.106/2005, que reformulou parcialmente os delitos sexuais, manteve a nomenclatura. Somente com a Lei nº 12.015/2009 é que se alterou o bem jurídico do Título VI do Código Penal. Assim sendo, o título deixou de ter a assinatura “dos crimes contra os costumes”, passando a ser chamado “dos crimes contra a dignidade sexual”.

Entretanto, oportuniza-se lembrar que a senadora Serys Slhessarenco sugeriu, em seu relatório sobre o projeto de lei de 2005, a mudança do Título VI do CP para a nova nomenclatura: dos crimes contra a dignidade sexual, afirmando que a remodelação tornava-se necessária para tirar o foco do bem jurídico do “costume” para centrá-lo na “dignidade” da vítima, e, nesse sentido, incorporar novas formas de ofensa sexual (DIX SILVA, 2006).

Ao ser encaminhado o relatório do Senado na forma de substitutivo para a Câmara dos Deputados, nada foi mencionado acerca da alteração proposta pela senadora, mantendo-se o viés moralista e, assim, o Código Penal continuou, à vista da Lei 11.106/2005, a tutelar sob a mesma rubrica, em seu Título VI, diferentes bens jurídicos: “a liberdade sexual e a moralidade pública, os bons costumes e o pudor público” (DIX SILVA, 2006, p. 42).

Mais quatro anos foram necessários para que a expressão fosse alterada, considerando que a mesma já não mais traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais. Para Greco (2011, p. 01), o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, “mas sim a tutela da sua dig-

nidade sexual. A dignidade sexual é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana”.

As modificações introduzidas e que agora compõem o Título que olha para os crimes contra a dignidade sexual, se encontram, agora, divididas em sete capítulos, a saber: Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual [estupro (art. 213); violação sexual mediante fraude (art. 215); assédio sexual (art. 216-A)]; Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável [estupro de vulnerável (art. 217-A); corrupção de menores (art. 218); satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A); favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B)]; Capítulo III – revogado integralmente pela Lei nº 11.106/2005; Capítulo IV – Disposições gerais [ação penal (art. 225); aumento de pena (art. 226)]; Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual [mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227); favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228); casa de prostituição (art. 229); rufianismo (art. 230); tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231); tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A)]; Capítulo VI – Do ultraje ao pudor público [ato obsceno (art. 233); escrito ou objeto obsceno (art. 234)]; Capítulo VII – Disposições gerais [aumento de pena (art. 234-A); segredo de justiça (art. 234-B)] (BRASIL, 2009).

Ter respeito à dignidade sexual significa assumir a realização da sensualidade da pessoa adulta, ou seja, maior de 18 anos, sem obstáculos ou entraves, desde que se faça sem violência ou grave ameaça a terceiros. “Não se deve lastrear a dignidade sexual sob critérios moralistas, conservadores ou religiosos. Igualmente, deve-se destacar que dignidade sexual não tem qualquer relação com bons costumes sexuais” (NUCCI, 2012, p. 35/36).

Observa-se que a liberdade sexual é, no entendimento de Bittencourt (2016, p. 44), “o reconhecimento do dispor livremente de suas necessidades sexuais ou voluptuárias”, ou seja, “a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnis, sexuais, lascivas e eróticas, governadas somente por sua vontade consciente, tanto sobre a relação em si como a escolha de parceiros”.

A liberdade sexual relaciona-se com uma determinada percepção do que representa a dimensão sexual na vida humana. “Busca-se garantir toda pessoa que tenha capacidade de autodetermina-

ção sexual que possa exercê-la com liberdade de escolha e de vontade, segundo suas próprias convicções." (PRADO, 2014, p.1026).

No geral das figuras típicas que foram modificadas pela Lei 12.015/2009, possuem destaque os delitos de estupro (art. 213), e o estupro de vulnerável (art. 217-A). O objeto de estudo deste artigo é o art. 213: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos" (BRASIL, 2009).

O tipo dispõe ainda qualificadoras, as quais se configuram quando do ato resultar lesão corporal de natureza grave ou quando a vítima do crime é menor de 18 e maior de 14 anos, e se do ato resultar morte.

2 Crime de estupro

Tutela-se no art. 213 a dignidade sexual, tendo como mandamento nuclear a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, valor este firmado na Constituição democrática brasileira de 1988, que "tem uma dimensão antropocêntrica na medida em que se arrima, fundamentalmente, na dignidade da pessoa humana, ou seja, um ser com dignidade, um fim e não um meio, um sujeito e não um objeto" (FRANCO, 2007, p. 56).

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Barcellos (2002, p. 103-104) declara que "a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental". Sendo proposição de caráter fundamental, deve a dignidade da pessoa humana se expandir por todo o ordenamento jurídico, servindo de base "de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais" (FRANCO, 2007, p. 57).

A noção de dignidade da pessoa humana envolve o âmbito existencial, que é "essencialmente comum a todos os seres hu-

manos como pertencentes ao gênero humano, impondo, no que tange à dimensão pessoal da dignidade, um dever geral de respeito, de proteção e de intocabilidade”. (LOBO, 2008, p. 120)

Nunes (2018, p. 05) assevera que a dignidade nasce com a pessoa, inerente à sua essência, considerando que “nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade”. Para o autor, o ser humano nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, “suas ações e seu comportamento – isto é, usa liberdade –, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade”.

A dignidade da pessoa humana é um valor inalienável, irrenunciável e inviolável, sendo assim, “ninguém pode desistir, mesmo que voluntariamente, de tal prerrogativa; ninguém pode ultrapassar esta esfera de valor no trato com o outro e, da mesma forma, ninguém pode dispor deste direito” (SANTIN; BOROWSKI, 2016, p. 150).

A dignidade da pessoa humana deve, portanto, preceder o juízo valorativo do legislador, dirigindo-o em todas as atividades que envolvem a produção da norma, inclusive no âmbito previdenciário. Assim, frente à previsão inserida na Constituição, qualquer lei criada com a inobservância deste princípio deve ser considerada inconstitucional.

Ressalta-se que tal princípio estabelece que a dignidade da pessoa humana é um conjunto de princípios e valores, o qual tem como objetivo garantir com que cada indivíduo da sociedade tenha seus direitos respeitados pelo Estado. No entanto, há que se frisar que a dignidade da pessoa humana também se estende para a sua dignidade sexual, como bem jurídico penalmente tutelado.

Considerada como parte indissociável da dignidade humana se liga, no entendimento de Nucci (2015), à sexualidade humana, ou seja, ao conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um, visto que esta é intrínseca ao ser humano e à sua intimidade, desta forma sendo tutelada também na esfera penal.

2.1 Tipo de ilícito

Antes da Lei 12.015/09, o sujeito ativo do crime de estupro era sempre o homem, enquanto autor direto, material, e a víti-

ma do estupro, apenas a mulher. “Mulher sem qualquer predicado: solteira, casada, companheira, virgem ou não, honesta, recatada, prostituta, viúva, separada, divorciada, jovem, madura, de meia-idade, velha etc.” (DIX SILVA, 2005, p. 77).

A conduta também tinha como elementos fundamentais do delito de estupro a conjunção carnal, “com mulher que dissente e o emprego da violência ou a grave ameaça objetivando aquele ato sexual” (DIX SILVA, 2005, p. 77).

Em boa hora, a Lei 12.015/09 alterou sensivelmente o tema, permitindo que tanto o homem quanto a mulher possam ser sujeitos ativo ou passivo do crime de estupro (NUCCI, 2014).

Para Oliveira (2010, p. 15), o estupro é “um ato criminoso que atenta contra a liberdade de escolha sexual da vítima”. Segundo Maggio (2014), são quatro os elementos que integram o delito: (1) constrangimento decorrente da violência física (*vis corporalis*) ou da grave ameaça (*vis compulsiva*); (2) dirigido a qualquer pessoa, seja do sexo feminino ou masculino; (3) para ter conjunção carnal; (4) ou, ainda, para fazer com que a vítima pratique ou permita que com ela se pratique qualquer ato libidinoso. O estupro, consumado ou tentado, em qualquer de suas figuras (simples ou qualificadas), é crime hediondo (Lei 8.072/90, art.1º, V).

O tipo penal tem como núcleo a ação de constranger, significando a prática do constrangimento ilegal (art. 146) dirigido à prática da conjunção carnal ou do ato libidinoso (DIX SILVA, 2005).

O art. 146 dispõe: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

O elemento subjetivo do crime exige o dolo, em qualquer de suas formas, sendo imprescindível, por parte do agente, o conhecimento “do caráter ilícito ou ilegítimo da prática do ato descrito no tipo penal” (DIX SILVA, 2005, p. 86).

O constranger tem que ser empregado no sentido de forçar, coagir, obrigar ou subjugar a vítima ao ato sexual ou outro ato libidinoso. Para Bittencourt (2016), o *modus operandi* do constrangimento é a violência ou grave ameaça empregada, não necessitando que as mesmas sejam irresistíveis, bastando serem idôneas a ponto de promover a coação ou o constrangimento da vítima.

A violência é o emprego de força física capaz de dificultar a resistência da vítima, resultando nas vias de fato ou em lesão

corporal, podendo, inclusive, ser direta ou imediata quando dirigida contra a vítima, ou indireta ou mediata quando voltado à pessoa ou coisa ligada à vítima, e a grave ameaça também denominada de violência moral (*vis compulsiva*) é a promessa da prática de um mal a alguém, de acordo com a vontade do agente, consistente na ação ou omissão, capaz de perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade da vítima (MAGGIO, 2014).

A grave ameaça equivale ao constrangimento psicológico, feita através da palavra, de ato ou mesmo de gestos “que possam vir a causar um dano injusto, possível, irreparável e infunda o medo no ânimo da vítima, produzindo-lhe inibição da vontade ante o temor de sofrer dano maior” (DIX SILVA, 2005, p. 81).

Usando de violência ou grave ameaça, o criminoso constrange outro indivíduo a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Para Maggio (2014), a conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, o relacionamento sexual normal entre homem e mulher, com a penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, com ou sem ejaculação. “Libidinoso é todo ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem que envolve também a conjunção carnal” (BITTENCOURT, 2016, p. 55).

O estupro em sua forma consumada ou tentada, sendo ele simples ou qualificado, é caracterizado como crime hediondo. De acordo com Vedana (2018), nesses casos são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança.

3 Estupro virtual

No século passado, a década de 1990 se caracterizou pelo avanço da comunicação, “com a criação de redes planetárias de transmissão de dados operando na velocidade da luz, possibilitando a criação de novos instrumentos, como a Internet” (SILVA; DANTAS; TOLEDO, 2006, p.252).

“Os satélites de comunicação, as fibras ópticas e os cabos submarinos formaram a base que incrementou os meios de comunicação de massa em escala planetária, permitindo a comunicação imediata ao redor do mundo.” Para os autores, entre as malhas terrestres e as ciberespaciais, tanto as transmissões como as receptações venceram as barreiras do tempo, colocando em seu lugar uma infraestrutura de “tempo real” do planeta. “Este tempo único de 24 horas elimina a multiplicidade dos tempos de cada ponto do planeta. Hoje, vivemos em um tempo padro-

nizado, em que percebemos a continuação sem fim do presente” (SILVA; DANTAS; TOLEDO, 2006, p.252).

A expansão da internet inaugurou um novo rumo para a humanidade, oferecendo inúmeras possibilidades de informações instantâneas e sem fronteiras definidas, permitindo aos usuários uma participação ativa, em que pode intervir pessoalmente, agir e participar ativamente na criação do conteúdo distribuído por esse meio e alcançar milhões de outras pessoas ao mesmo tempo. Entretanto, há pessoas que se utilizam da internet para fins ilegais, contrárias à ordem jurídica.

Em linhas gerais, há um número significativo de condutas ilícitas perpetradas na internet, as quais se classificam de acordo com os ensinamentos de Marzochi (2010) para ações do tipo: fraude por manipulação de dados, espionagem de dados e pirataria de programas, sabotagem, furto de tempo, acesso não autorizado a sistemas de processamento de dados, fraude propriamente dita, atentados à vida privada, prejuízos econômicos diretos, indiretos e intangíveis, manipulação de dados a distância. Além desses, há que se considerar os crimes comuns, como o estelionato e os crimes sexuais, entre tantos outros.

Para se entender o que é crime, algumas considerações doutrinárias devem ser apreciadas, partindo do pressuposto que o Direito Penal deve atuar apenas como *ultima ratio*, movendo-se apenas para a defesa extrema dos bens jurídicos penais, e deixando que os outros ramos do direito e a sociedade civil resolvam de forma menos traumática os esperados conflitos sociais.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico” (BITTENCOURT, 2021, p. 12). Assim, somente se justifica a utilização do Direito Penal – e principalmente das penas privativas de liberdade – como forma de controle social se outros instrumentos menos gravosos se mostrarem ineficazes para tal fim.

Outro ponto que merece ser analisado é o bem jurídico-penal, que designa o objeto protegido pelo sistema penal, como a liberdade, a vida, a saúde individual, o meio ambiente. A concepção de bem jurídico não tem por função estender seu campo de ação à proteção de valores essencialmente morais.

Para Franco (2007, p. 72):

A intervenção penal não se destina a tutelar todo e qualquer bem jurídico, nem tampouco toda a ação ou omissão que venha a lesá-lo, mas apenas os bens jurídicos fundamentais, de vital relevância e, ainda assim, contra os ataques mais insuportáveis a esses bens.

Além disso, o autor considera que “mesmo diante de um ataque a bem jurídico fundamental, é mister que se avalie o grau de lesividade desse ataque”.

Segundo Prado (2002, p. 147), “não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão (princípio da lesividade ou ofensividade) a um bem jurídico determinado”. Assim, a tutela penal só é legítima “quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana”.

Zaffaroni (2002, p. 399) afirma que “a vontade não pode ser separada de seu conteúdo, isto é, de sua finalidade, posto que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade tem um fim”.

3.1 Princípio da legalidade e o artigo 213 da Lei nº 12.015/09

É fundamental que, em um Estado Democrático de Direito, o processo de criminalização, ou seja, que a escolha dos bens jurídicos penalmente tuteláveis atenda ao princípio da legalidade, em que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente (FRANCO, 2007).

O princípio da legalidade, consagrado por Feuerbach no início do século XIX, através da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, possui diversas outras nomenclaturas, encontrando-se doutrinadores que a ele se referem como “princípio da reserva legal”, ou ainda, “princípio da estrita legalidade”. Independentemente dessas denominações, este princípio encontra-se consubstanciado em nosso ordenamento, no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), sendo direito fundamental (PRADO, 2002, p. 112).

Desta forma, Bitencourt (2016) considera que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado

crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

Portanto, a reserva legal é uma verdadeira imposição de limites ao direito de punir conferido ao Estado, evitando arbitrariedades e abusos por parte dos detentores do poder. Assim, só as leis podem fixar as penas de cada delito.

Prado (2002) salienta que, em caráter complementar ao princípio da legalidade, encontram-se no ordenamento jurídico algumas garantias jurisdicionais ou de execução, entre as quais se destacam: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CF); “ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória” (art 5º, LVII, CF); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF), com a plena vigência do princípio da legalidade “de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal” (Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84, item 19).

Conforme Bittencourt (2021), a reserva legal é uma verdadeira imposição de limites ao direito de punir conferido ao Estado, evitando arbitrariedades e abusos por parte dos detentores do poder. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.

A jurisprudência reconhece, ademais, a imprescindibilidade deste princípio no ordenamento. Exemplo disso encontra-se no seguinte aresto:

O princípio da legalidade, viga mestra do Direito Penal, impõe precisos balizamentos em matéria de aplicação de pena, não admitindo interpretações analógicas ou ampliativas (STJ - HC 5.026 - Rel. Vicente Leal - DJU de 12.02.1996, p. 2.444).

A realidade que se vive atualmente é de diversas ações serem praticadas com o uso do computador e a incerteza no sentido de se saber se tais ações, prejudiciais ao convívio social, encontram ou não tipificação no nosso Código Penal devido à reverência ao princípio constitucional da legalidade.

Com o ilimitado uso da internet com as suas redes sociais como meio de comunicação e interação entre os indivíduos nes-

te século XXI, torna-se cada vez mais frequente a ocorrência de ilícitos penais que envolvam graves ameaças, e um deles é o objeto de estudo deste artigo, o denominado estupro virtual.

O artigo 213 da Lei 12.015/09 do Código Penal veio para facilitar a atuação das normas jurídicas na regulação das relações sociais. De acordo com Alves *et al* (2019, p. 212-

213), o delito de estupro virtual se enquadra nos seguintes trechos da lei: “constranger alguém mediante grave ameaça” e “a praticar outro ato libidinoso”. Para o autor, nesse caso, não é necessário haver conjunção carnal para ser configurado como estupro, já que o teor das conversas ou mensagens trocadas pode revelar se a vítima foi forçada a realizar tais atos por se sentir psicologicamente constrangida ou ameaçada.

De acordo com Pádua (2018), a nova redação da Lei 12.015/09 alcançou dois objetivos. O primeiro foi o de fundir em um mesmo dispositivo o crime de estupro e atentado violento ao pudor; o segundo foi o de admitir o reconhecimento de violência sexual contra qualquer pessoa, mesmo que não seja do sexo feminino.

O ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, à vista da desnecessidade de contato físico, é entendido como “todo e qualquer gesto destinado a satisfazer a lascívia, prazer e os desejos sexuais de alguém e, indubitavelmente, o universo digital constitui um ambiente bastante propício para a prática de atos dessa natureza” (BORELLI, 2020, p. 01)

Esta desnecessidade de contato físico é bem explanada por Greco (2016, p. 48), que entende “não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro”. Assim, “quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar”.

No entendimento de Alves (2019, p. 213), o estupro digital dirige-se “ao bullying ou ameaça, sendo assim, algum constrangimento ilegal ou até mesmo um ato preparatório de um estupro físico”.

Trata-se de crime comum (que pode ser praticado por qualquer pessoa). Plurissubsistente (pode se realizar por meio de vários atos), Comissivo (decorre de uma atividade positiva do agente “constranger”) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (quando o resultado deveria ser impedido pelos garantes – art. 13, § 2º, do CP). De forma

vinculada (somente pode ser cometido pelos meios de execução previstos no tipo penal: violência ou grave ameaça). Material (só se perfaz com a produção do resultado conjunção carnal ou outro ato libidinoso). De dano (só se consuma com a efetiva lesão ao bem jurídico protegido, a liberdade sexual da vítima). Instantâneo (uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga). Monossubjetivo (pode ser praticado por um único agente). Doloso (não admite a modalidade culposa). Não transeunte (quando praticado de forma que deixa vestígios), ou transeunte (quando praticado de forma que não deixa vestígios) (MAGGIO, 2013, p. 01).

Para Meireles (2017, p. 50), “é de fácil percepção que a nomenclatura ‘estupro virtual’ traz em seu bojo um grave equívoco semântico e jurídico, pois o estupro é real”. Levando em considerando o seu aspecto virtual, “limita-se somente ao modo de execução (grave ameaça), já que os atos libidinosos praticados são realizados fisicamente, assim como a dor e o sofrimento causado à vítima”. Desse modo, “trata-se de estupro real (físico) que ganhou uma nomenclatura específica e dissociada de sua gravidade em razão do seu *modus operandi* utilizar o ambiente virtual, o qual muitas vezes serve como manto protetor da impunidade”.

Ao falar sobre o tema estupro virtual, Santos (2019) entende que, a princípio, “acreditar-se-ia tratar de uma nova modalidade ou tipo penal, mas diante de novas tecnologias e uma sociedade de constante risco, apenas constata-se um novo *modus operandi* como facilitador de práticas delituosas no meio ambiente digital” (SANTOS, 2019, p. 44).

De acordo com Guimarães (2017, p. 19), “o estupro virtual configura-se quando o autor se vale da internet para praticar em desfavor da vítima a conduta descrita no art. 213 do Código Penal”.

Borelli (2020) explica que nesse crime o sujeito ativo espera que a vítima tenha com ele ou ela conjunção carnal ou que pratique algum ato libidinoso. Para a autora, é aí que entra a atualização legislativa como mais um importante marco no combate à violência sexual, colocando o ato libidinoso em um tipo penal, que antes se restringia à conjunção carnal.

Assim, o “ato de constranger alguém para que pratique em frente de uma webcam, masturbação, sexo oral, posições ou to-

ques íntimos, sob violência ou grave ameaça, pode em tese ser considerado crime de estupro, ainda que ocorrido no ambiente virtual” (BORELLI, 2020, p. 01).

O estupro virtual ocorre de várias maneiras. A título de exemplo, ele pode ser descortinado quando um indivíduo, através de alguma rede social (WhatsApp, Facebook, etc.), deseja constranger, envergonhar ou ameaçar outrem a tirar a roupa na frente de uma webcam, praticar masturbação ou se fotografar nu (FURLAN; SILVA, 2020).

A punição do agressor pelo art. 213 acontece em duas situações: quando a vítima é forçada, em razão da violência ou grave ameaça contra ela exercida, à prática da conjunção carnal (coito vaginal); e, em uma segunda situação, quando a vítima, em razão da violência psicológica ou física, é obrigada a praticar ou permite que com ele se pratique outro ato libidinoso (MEIRELES, 2017).

Os primeiros casos surgiram no Piauí e em Minas Gerais, sendo que em ambos o *modus operandi* era o mesmo: o agressor possuía em seu poder fotos ou vídeos íntimos das vítimas e obrigava-as, sob pena de divulgação desse conteúdo, a se masturbarem e transmitir o ato por meio de webcam ou pela câmera do celular (MEIRELES, 2017).

No estado do Piauí, em 2017, houve o primeiro caso de estupro virtual no Brasil. Em uma decisão pioneira no Brasil, o juiz Luiz de Moura Correia, da Central de Inquéritos de Teresina, determinou a prisão de um acusado pelo crime de “estupro virtual”. Juntamente com a Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática, o magistrado iniciou a investigação acerca da prática criminosa. No caso, o investigado, utilizando um perfil fake da rede social Facebook, ameaçava exibir imagens íntimas da vítima, exigindo desta o envio de novas fotografias desnuda e até mesmo introduzindo objetos na vagina e/ou se masturbando (TJPI, 2017).

Em Minas Gerais, também em 2017, houve o registro de prisão por estupro virtual, em que um jovem de 19 anos foi indiciado pelo crime depois de criar um perfil falso em uma rede social, para constranger mulheres, conseguindo que enviassem a ele fotos e vídeos “pornográficos”. O caso ocorreu em uma cidade de aproximadamente 30 mil habitantes, no Alto Paranaíba. Segundo os levantamentos da Polícia Civil, o rapaz afirmava que divulgaria na internet imagens das vítimas, a fim de receber mais material (Jornal Estado de Minas Gerais, 2017).

Em 2018, depois de alterações trazidas pela Lei 12.015 de 2009, foi incorporado pela Lei 13.718/18 o delito de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de

cena de sexo ou de pornografia no Código Penal brasileiro em disposição no artigo 218-C. Este tipo pode ter qualquer pessoa por sujeito ativo e passivo (BRASIL, 2018).

Conclusão

O Direito Penal não pode e nem deve estar em uma forma estática ou inerte, pois o seu objetivo é sempre se adequar ao momento em que a norma incriminadora é chamada a resolver conflitos, sempre como *ultima ratio* e respeitando os valores e as garantias que estão previstos na Constituição, como meio de corrigir e sancionar certos comportamentos sociais indesejáveis e contemporâneos.

Os avanços tecnológicos trouxeram uma carga positiva e outra negativa, que facilitou as práticas de crimes em ambiente cibernético, como o chamado “estupro virtual”. A análise das práticas delituosas de estupro consumadas na internet trouxe à tona uma nova concepção a respeito da tutela da liberdade e dignidade sexual na internet e, em consequência disso, a alteração do tipo penal do estupro consolidou sua coerência com a realidade atual encontrada na sociedade brasileira, onde é possível verificar cada vez mais casos de vítimas tendo a dignidade violentada por meio virtual.

O objetivo do estudo foi o de verificar como o estupro virtual se amolda ao art. 213 do Código Penal, considerando que o crime de estupro não mais consiste exclusivamente na conjunção carnal.

Ponderando que o “estupro digital” é um “estupro real”, entende-se que a conduta criminosa de ameaçar alguém a cometer atos libidinosos via internet configurará o crime de estupro e em nenhum aspecto fere ou afronta o princípio da legalidade, sendo perfeitamente cabível que o agressor, sujeito ativo do ilícito, seja punido conforme as penalidades descritas no art. 213 do Código Penal brasileiro.

Referências

ALVES, Bárbara Lima et. al. **Estupro virtual: a tecnologia ultrapassando a humanidade**. 2019. Disponível em: < Vista do ESTUPRO VIRTUAL (jornaleletronico.fivj.com.br)>. Acesso em 08 out. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 103/104.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tra-
tado de Direito Penal**. Parte
Geral. V.1. 27. ed. São Paulo: Sa-
raiva, 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Par-
te especial, v 4. – 10. Ed. rev.,
ampl. e atual – São Paulo: Sarai-
va, 2016.

BORELLI, Alessandra. **Estupro
virtual**. 2020. Disponível em: <
Estupro virtual: como a nova lei
o define e como lidar com ele
(opiceblumacademy.com.br)>.
Acesso em 09 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.015**, de 7 de
agosto de 2009. Disponível em:
<L12015(planalto.gov.br)>. Aces-
so em 06 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.718**, de 24 de
setembro de 2018. Disponível em:
<L13718(planalto.gov.br)>. Aces-
so em 11 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da Repúbli-
ca Federativa do Brasil**. Brasília:
Congresso Nacional, 1988. Disponí-
vel em: < [http://www.planalto.
gov.br/ccivil_03/Constituicao/
Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso
em: 06 out. 2021.

DIX SILVA, Tadeu Antônio. **Cri-
mes Sexuais**: reflexões sobre a
nova Lei 11.106/2005. Leme: JH
Mizuno, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes
Hediondos**. 7. ed. São Paulo: Re-
vista dos Tribunais, 2007, p. 56.

FURLAN, Fernando Palma Pimen-
ta; SILVA, Andressa Benevides da.

Estupro virtual: análise doutri-
nária e jurisprudencial. 2020. Dis-
ponível em: < Estupro Virtual:
Análise Doutrinária e Jurispru-
dencial - Jus.com.br | Jus Navi-
gandi>. Acesso em 09 out. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direi-
to Penal, parte especial**, volu-
me III. 13ª edição. Niterói:
Impetus, 2016, pág. 48.

GRECO, Rogério. **Crimes contra
a dignidade sexual**. 2011. Dis-
ponível em: < Crimes contra a
dignidade sexual (jusbrasil.com.
br)>. Acesso em 03 out. 2021.

GUIMARÃES, André Santos. Estu-
pro virtual. **Direito Penal em
contexto**. 14 set. 2017. Disponí-
vel em: <[www.direitopenalem
contexto.com.br](http://www.direitopenalemcontexto.com.br)>. Acesso em 10
out. 2021.

JORNAL ESTADO DE MINAS GE-
RAIS. **Minas Gerais registra
primeiro caso de prisão por
estupro virtual**. 2017. Disponí-
vel em: < Minas Gerais registra
primeiro caso de prisão por estu-
pro virtual - Gerais - Estado de
Minas>. Acesso em 09 out. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito
Civil: **Famílias**. São Paulo: Sarai-
va, 2008, p. 120.

MAGGIO, Vicente de Paula
Rodrigues. **O estupro e suas
particularidades na legislação
atual**. 2014. Disponível em: < O
estupro e suas particularidades na
legislação atual (jusbrasil.com.
br)>. Acesso em 06 out. 2021.

MARZOCHI, Marcelo De Luca . direito.br - Aspectos Jurídicos da Internet no Brasil. 1. ed. São Paulo: LTR, 2000. v. 1. 110p.

MEIRELES, Luciano Miranda. A realidade do estupro virtual. **Revista Parquet em foco**/Escola Superior do Ministério Público de Goiás. Goiânia: ESMP-GO. v.1.n.1, (set/dez:2017). Disponível em: <https://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2018/02/22/16_59_09_358_Parquet_em_Foco_final.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Conceito e alcance da dignidade sexual**. Guilherme de Souza Nucci, Online, set./2015. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-e-alcance-da-dignidade-sexual>. Acesso em: 06 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09**. 2014. Disponível em: < O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/09 – Guilherme Nucci>. Acesso em 06 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 3 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 5.

OLIVEIRA, Julio Cesar Vieira de. **Crime de Estupro e as alterações da Lei nº. 12.015/09**. 2010.

Disponível em: < Microsoft Word - ESTUPRO - MONOGRAFIA.doc (univali.br)>. Acesso em 08 out. 2021..

PÁDUA, Bruna. **A mudança do artigo 213 do Código Penal após a lei 12.015/09**. Disponível em: <https://brunaancelmo.jusbrasil.com.br/artigos/563756220/a-mudanca-do-art-213-do-codigo-penal-apos-a-lei-12015-09>Acesso: 09 out. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: parte Geral e especial**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTIN, Janaína Rigo; BOROWSKI, Marina Zancanaro. O idoso e o princípio constitucional da dignidade humana. **RBCEH**, Passo Fundo, v. 5, n. 1, p. 141-153, jan./jun. 2016, p. 150.

SANTOS, Samuel Fernandes dos. **O meio ambiente digital em face da sociedade de risco: análise da possibilidade de defesa do meio ambiente digital pelo Direito Penal**. Disponível em: <Dissertacao-Final-Samuel-Fernandes-2020.pdf (domhelder.edu.br)>. Acesso em 10 out. 2021.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. DANTAS, Alexandre. TOLEDO, Maria Clara Veronesi. **Violência e criminalidade na sala de estar**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

STJ. **HC 5.026** - Rel. Vicente Leal - DJU de 12.02.1996, p. 2.444. Disponível em: < STJ, HC 17956-SP, rel. Min. Vicente Leal | Jurisprudência | Busca Jusbrasil>. Acesso em 20 out. 2021.

TJPI. Tribunal de Justiça do Piauí. **Primeira prisão por estupro virtual no Brasil é decretada no Piauí**. 2017. Disponível em: < Primeira prisão por estupro virtual no Brasil é decretada no Piauí | Tribunal de Justiça do Piauí (tjpi.jus.br)>. Acesso em 09 out. 2021.

VEDANA, Paola C. **O crime de estupro de vulnerável e as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2018. Disponível em: < O crime de estupro de vulnerável após o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Jus.com.br | Jus Navigandi>. Acesso em 06 out. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELLI José Henrique. **Direito Penal brasileiro, parte geral**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual. Proibição de inscrição de inadimplente em cadastros restritivos. Competência da União. CDC.¹

EMENTA OFICIAL

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais. 3. Proibição de inscrição do nome do usuário dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em cadastro de proteção ao crédito quando inadimplente. 4. Competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de proteção ao consumidor. Violação ao art. 24, V e § 1º, da Constituição. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das

notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer da presente ação direta e julgou procedente o pedido nela formulado, para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais, nos termos do voto do Relator. Brasília, Sessão Virtual de 04 a 11 de fevereiro de 2022.

Ministro GILMAR MENDES.

ADI 6.668-MG. DJE 07/03/2022.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento - AESBE, contra o art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais.

¹ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classe=NumeroIncidente=%22ADI%206668%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>.

Eis o teor do ato normativo impugnado:

Art. 3º (...)

Parágrafo único. É vedada a inscrição do nome do usuário dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em cadastro de proteção ao crédito, em razão de atraso no pagamento da conta.

A requerente aponta violação aos arts. 19, III; 24, V, VIII, §1º e §4º; e 37, XIX, do texto constitucional. Alega que a norma estadual violou sua competência legislativa suplementar ao dispor contrariamente à legislação federal, que não estabeleceu quaisquer limitações à inscrição de dados relativos a consumidor ou usuário inadimplente em banco ou cadastro de consumo.

Adotei o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 e solicitei informações. (eDOC 9)

O Governador do Estado de Minas Gerais defendeu a competência do Estado para legislar sobre a matéria e pugnou pela improcedência do pedido. (eDOC 15)

A Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela constitucionalidade da norma impugnada. (eDOC 17)

A Advocacia-Geral da União emitiu parecer pela procedência do pedido, em peça assim emendada:

"Consumidor. Lei estadual nº 18.309/2009, que cria a Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais e estabelece normas relativas a esses serviços. Impugnação a dispositivo que veda a inscrição do nome de usuário dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em cadastro de proteção ao crédito, em razão de atraso no pagamento da conta. Improcedente a alegada ofensa ao artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal. A necessidade de lei específica para a criação de agência reguladora não se confunde com a exigência de lei de conteúdo exclusivo. Suposta mácula que não invalida o dispositivo especificamente impugnado na inicial. Acolhimento da alegação de afronta ao artigo 24, incisos V e VIII, e parágrafos 1º e 4º, da Constituição da República. A norma impugnada extrapola os limites da competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre consumo. Precedentes dessa Suprema Corte. Manifestação no sentido da procedência do pedido." (eDOC 22)

A Procuradoria-Geral da República, igualmente, manifestou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, em parecer assim emendado:

"REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. AÇÃO DIRE-

TA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 18.309/2009 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. USUÁRIO INADIMPLENTE. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VEDAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. DISPOSIÇÃO DE LEI FEDERAL EM SENTIDO DIVERSO. LEI 8.078/1990 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). MATÉRIA DE CARÁTER NACIONAL. OFENSA AO ART. 24 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. LEI 8.987/1995 (LEI DE CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS). INEXISTÊNCIA DE PECULIARIDADE QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO DIVERSO DE USUÁRIOS DO ESTADO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA DE BRASILEIROS. AFRONTA AO ART. 19, III, DA CONSTITUIÇÃO.

1. É inconstitucional, por usurpação de competência legislativa da União para legislar sobre normas gerais de proteção e de defesa do consumidor (CF, art. 24, V), lei estadual que proíba a inserção de nome de usuário de serviços públicos inadimplente em cadastros de proteção ao crédito em hipóteses não ressaltadas pelo Código de Defesa do Consumidor ao tratar dos bancos de dados e cadastros de devedores.

2. A teor do disposto no art. 7º, caput, da Lei 8.987/1995 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos), os pre-

ceitos do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos direitos e obrigações de usuários de serviço público, no que cabível.

3. A competência concorrente para legislar sobre consumo não afasta a possibilidade de os estados, em suplementação de lacunas, explicitar o conteúdo principiológico do Código de Defesa do Consumidor, a fim de ampliar seu núcleo de proteção e conformá-lo a peculiaridades locais, desde que a lei estadual não divirja nem pretenda substituir a lei nacional denormas gerais.

4. Inexistindo peculiaridade que justifique tratamento diverso a usuários de determinado estado-membro, a possibilidade de inscrição de usuários de serviços públicos em cadastros de inadimplentes é matéria que demanda tratamento uniforme no território nacional, sob pena de que se estabeleçam critérios de discriminação arbitrária entre brasileiros em função do Estado de origem, em ofensa ao art. 19, III, da Constituição.

5. A circunstância de a lei estadual gerar efeitos positivos aos consumidores não tem o efeito, por si só, de deslocar a competência legislativa para os estados-membros.

- Parecer pela procedência do pedido, para que seja declarado inconstitucional o art. 3º, parágrafo único, da Lei 18.309/2009 do Estado de Minas Gerais." (eDOC 25)

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento - AESBE, contra o art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais, que veda a inscrição do nome do usuário dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em cadastro de proteção ao crédito quando inadimplente.

Preliminarmente, confirmo a legitimidade da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento - AESBE, entidade de classe de âmbito nacional, para a propositura da ação (art. 103, IX, da Constituição e art. 2º, IX, da Lei 9.868/1999).

A caracterização da pertinência temática entre a atividade das autoras e o objeto desta ação é verificada a partir do disposto nos arts. 1º e 3º do estatuto social da AESBE, que lhe comina defender os interesses das empresas estaduais de saneamento. (eDOC 6)

Conheço, portanto, da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Estando os autos devidamente instruídos e em plenas condições de julgamento definitivo, passo ao exame de mérito.

O dispositivo impugnado, em breve síntese, impede que prestadores de serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário inscrevam usuários inadimplentes em cadastro de proteção ao crédito.

Inicialmente, reconheço que é da União a competência para editar normas gerais sobre proteção ao consumidor.

No exercício dessa competência, a União editou a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que em seus artigos 43 e 44 regulamenta os bancos de dados e cadastros de consumidores:

"Art. 43 O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicita por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo

de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código".

As normas gerais sobre consumo, portanto, não preveem

qualquer restrição quanto aos tipos de débitos que possam ser inscritos nos bancos de dados e cadastros de consumidores.

Ou seja, pelas normas gerais do Código de Defesa do Consumidor, só não poderão ser inscritos os devedores com dívidas prescritas ou informações referentes a período de cinco anos.

Nesse sentido, inclusive, registro trecho do julgamento da julgamento da ADI 3.623, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Distrital 3.335/2004:

"(...) Assim, não é razoável conceber que uma lei do Distrito Federal, ou de qualquer outro ente federativo, possa estabelecer restrições quanto aos débitos que não podem ser inscritos em banco de dados ou cadastro de consumidores, criando 'privilégios' ou situações não isonômicas em determinada região.

Imagine-se, por exemplo, uma lei de determinada unidade da Federação que estabelecesse que as dívidas provenientes de cheques sem provisão de fundos não pudessem ser inscritas em tais bancos de dados. Por certo, isso causaria uma diferenciação injustificada em relação aos demais consumidores residentes nos outros entes federados, além, claro, de invadir competência própria da União para legislar sobre a matéria.

Nessa esteira e conforme o que dispõe o art. 24 da Carta

Maior, é atribuição da União legislar sobre normas gerais acerca da proteção ao consumidor. O poder suplementar dos demais entes da federação apenas pormenorizam a questão, complementando-a, mas jamais alterando-a em sua essência ou mesmo estabelecendo regras incompatíveis com a norma geral. (...)” (ADI 3.623, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2019)

Ademais, cabe lembrar que não compete aos Estados legislar sobre concessão de serviço público, nos termos do art. 175, parágrafo único, II, da CF. Esta Corte já apartou claramente as duas áreas, como se depreende do seguinte julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 10.513/2015 DO ESTADO DA PARAÍBA. INSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO PARA AS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES DE APRESENTAREM MENSAGEM INFORMATIVA QUANDO OS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS REALIZAREM LIGAÇÕES PARA NÚMEROS DE OUTRAS OPERADORAS. ARTIGO 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ARTIGO 24, V E VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICÁVEL. USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO

REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR. ARTIGO 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. 1. A competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (artigo 22, IV, da Constituição Federal) é violada quando lei estadual institui obrigação para as empresas concessionárias de serviços de telecomunicações, ainda que a pretexto de proteger o consumidor ou a saúde dos usuários. 2. A competência concorrente dos estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal) não pode conduzir à frustração da teleologia das normas que estabelecem as competências legislativa e administrativa privativas da União para disciplinar o setor de telecomunicações. Precedentes. 3. As figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos ostentam regimes jurídicos diversos, por isso que este último, que observa a lógica da solidariedade social (artigo 3º, I, da Constituição Federal), encontra sede específica na cláusula “direitos dos usuários”, prevista no artigo 175, parágrafo único, II, da Constituição Federal. (...) 5. Ação direta conhecida e julgada procedente”. (ADI 5.575, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 7.11.2018)

A competência para elaborar a lei de delegação do servi-

ço público, que tratará dos direitos dos usuários, pertence, naturalmente, ao ente federado dele titular. Tal lei, porém, cobrirá apenas os aspectos específicos da delegação, pois cabe à lei nacional fixar as normas gerais de concessão e permissão de serviços públicos, realizada sempre mediante licitação, como o indica o entendimento conjunto do art. 22, XXVII, com o art. 175, caput, da Constituição da República.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão bem explica que, "apesar [das] peculiaridades inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos (políticas tarifárias, jus variandi da Administração Pública etc.), a aplicação do CDC aos serviços públicos não pode ser excluída, até porque há dispositivos legais expressos nesse sentido. Todavia, por outro lado, a aplicação do CDC não pode ser absoluta, devendo, ao contrário, ser realizada com extrema cautela, sob pena de desnaturar a atividade como serviço público, privilegiando os interesses de consumidores individualmente considerados, e postergando os seus objetivos maiores de solidariedade social." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 525)

Tem razão, assim, o Procurador-Geral da República, que, em seu parecer, concluiu que

"é possível afirmar que a Lei estadual 18.309/2009 está inquinada de vício de constitucionalidade formal, seja por dispor sobre norma geral em matéria consumerista sem peculiaridades que justifiquem o tratamento diferenciado pelo Estado de Minas Gerais, seja por fazê-lo no que se refere à prestação de serviço público."

Assim, o ato impugnado, ao estabelecer o direito de o usuário do serviço público residente no Estado de Minas Gerais não ser inscrito em cadastro de devedores, viola a competência da União para editar normas gerais de proteção ao consumidor e de concessão de serviços públicos, além de gerar discriminação injustificada entre usuários.

Ante o exposto, conheço da presente ação direta de inconstitucionalidade e a julgo procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais

EXTRATO DE ATA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da presente ação direta e julgou procedente o pedido nela formulado, para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei Es-

tadual n. 18.309, de 03 de agosto de 2009, do Estado de Minas Gerais, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 4.2.2022 a 11.2.2022.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza, Assessora-Chefe do Plenário.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Alienação fiduciária. Veículo. Demora na baixa de gravame. Dano moral não presumido.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. PROCES-
SUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZA-
ÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.
DEMORA NA BAIXA DE GRAVA-
ME DO VEÍCULO. DANO MORAL
NÃO PRESUMIDO. RECURSO ES-
PECIAL CONHECIDO E DESPRO-
VIDO.

1. Para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, a tese firmada é a seguinte: "O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral in re ipsa".

2. Julgamento do caso concreto.

2.1. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

2.2. O acórdão recorrido concluiu que a demora na baixa de restrição após a quitação do financiamento, por si só e quando não comprovado real

dano à pessoa, não passa de mero dissabor, não provocando abalo suficiente à violação dos direitos inerentes à personalidade, conforme a tese acima firmada, o que impõe o desprovisionamento do recurso especial.

3. Recurso especial conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese: "O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral in re ipsa."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrigli, Luis

¹ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2122769&num_registro=202000593528&data=20211207&formato=PDF>.

Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília, 30 de novembro de 2021 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator.

REsp 1.881.453-RS. DJe 07/12/2021.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de recurso especial interposto por Fabio André Schilling, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, desafiando acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na origem, o recorrente ajuizou ação indenizatória contra BV Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento, sustentando, em síntese, ter sofrido dano moral a ser compensado, em virtude da não liberação de gravame registrado sobre automóvel financiado. Informou que a liberação do bem foi objeto de acordo judicial firmado no âmbito de ação revisional anterior, no qual o autor se comprometeu, de seu lado, a pagar à ora recorrida o valor de

R\$ 7.671,37 (sete mil, seiscientos e setenta e um reais e trinta e sete centavos).

A demanda foi julgada improcedente pelo Juízo de primeiro grau, ao fundamento de que o mero atraso na liberação do gravame não era suficiente para caracterizar o dano moral indenizável.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mantendo a decisão monocrática do relator, negou-lhe provimento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 215):

AGRAVO EM APELAÇÃO (ART. 1.021 DO CPC/2015). RESPONSABILIDADE CIVIL. LEVANTAMENTO DE GRAVAME. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE LESÃO A QUALQUER ATRIBUTOS DA DOS PERSONALIDADE.

1. O mero descumprimento de acordo judicial não constitui fato suficiente a autorizar o dever de indenizar, sobretudo quando ausente qualquer prova efetiva de prejuízo.

2. Na situação dos autos, é possível afirmar que a situação vivenciada pela parte autora, consubstanciada na manutenção indevida de gravame que recaía sobre o seu veículo, gerou-lhe, por óbvio, incômodos e aborrecimentos, os quais, contudo, não ultrapassam os limites da razoabilidade, não se configurando, portanto, ofensa a direito da personalidade. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (e-STJ, fls. 254-260).

Em seu recurso especial, o recorrente alega violação dos arts. 373, I e II, e 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015; e 186 e 927 do Código Civil; bem como dissídio jurisprudencial.

A par da negativa de prestação jurisdicional adequada, sustenta o recorrente configurar dano moral *in re ipsa*, a demora na exclusão do gravame existente no veículo após a quitação do contrato de financiamento.

O prazo para apresentação de contrarrazões transcorreu in albis (e-STJ, fl. 323).

Em exame prévio de admissibilidade, o recurso especial não foi admitido, dando azo à interposição do AREsp n. 1.678.381/RS, que ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça, sendo qualificado pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes como representativo da controvérsia, juntamente com o AREsp n. 1.635.420/RS, candidatos à afetação para julgamento no Colegiado da Segunda Seção na sistemática dos repetitivos, após suas conversões em recursos especiais (e-STJ, fls. 391-394).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. Sady d'Assumpção Torres Filho, constatando a pre-

sença dos requisitos previstos no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015, manifestou-se pela admissão do recurso como representativo da controvérsia, de modo a conferir o regular processamento ao incidente, nos termos dos arts. 256 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fls. 400-403).

A Segunda Seção desta Corte Superior, por unanimidade, afetou o recurso especial ao rito dos recursos repetitivos para delimitar a seguinte tese (e-STJ, fls. 427-435):

"Definir se o atraso na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo automotor por parte de instituição financeira caracteriza dano moral *in re ipsa*"

O Ministério Público Federal, às fls. 446-451 (e-STJ), ofertou novo parecer, opinando pelo desprovimento do recurso especial e sugerindo a fixação da seguinte tese: "O atraso, devidamente justificado (justo motivo), do ente responsável pela baixa do gravame no registro do veículo, em contrato de alienação fiduciária, não caracteriza dano moral presumido".

É o relatório.

VOTO

**O SENHOR MINISTRO
MARCO AURÉLIO BELLIZZE
(RELATOR):**

1. Breve histórico dos autos

Inicialmente, importante fazer uma breve delimitação das circunstâncias fáticas e jurídicas que estão contidas neste recurso especial.

Na origem, Fabio André Schilling ajuizou ação indenizatória contra BV Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento, sustentando, em síntese, ter sofrido dano moral em virtude da não liberação de gravame registrado sobre automóvel financiado. Informou que a liberação do bem foi objeto de acordo judicial firmado no âmbito de ação revisional anterior, no qual se comprometeu, de seu lado, a pagar à ora recorrida o valor de R\$ 7.671,37 (sete mil, seiscentos e setenta e um reais e trinta e sete centavos). Contudo, mesmo após a quitação do contrato e o consequente levantamento do montante, pela instituição financeira, esta não cumpriu com a sua obrigação de liberação do gravame.

A demanda foi julgada improcedente pelas instâncias ordinárias, ao fundamento de que o mero atraso na liberação do gravame não era suficiente para caracterizar o dano moral indenizável.

Em seu recurso especial, o recorrente apontou violação dos arts. 373, I e II, e 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015; e 186 e 927 do Código Civil; bem como dissídio jurisprudencial.

Sustentou, além da negativa de prestação jurisdicional por parte do Tribunal estadual, configurar dano moral *in re ipsa* a demora na exclusão do gravame existente no veículo após a quitação do contrato de financiamento.

Assim sendo, a controvérsia está em definir o cabimento de compensação por danos morais *in re ipsa*, decorrente do atraso na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo automotor por parte da instituição financeira.

2. Dano moral: atraso na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo automotor por parte de instituição financeira

Com a evolução ocorrida nas últimas décadas em nosso sistema jurídico, a questão acerca da reparação pelo dano moral, além de ampla e fartamente explorada, está tutelada e protegida pelo Estado, inclusive prevista na Carta Magna, em seu art. 5º, incisos V e X, nestes termos:

Art. 5º [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral, ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como se vê, a Constituição Federal de 1988 dispôs acerca da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, prevendo, ainda, a possibilidade de responsabilização civil nos casos em que haja lesão ou perigo de lesão a estes bens jurídicos fundamentais.

A legislação infraconstitucional, apesar de não trazer um conceito legal de dano moral (ou extrapatrimonial), a ele se refere, como se pode observar nos arts. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor e 186 do Código Civil.

A propósito:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Dessa forma, o conceito de dano moral é construído pela doutrina e jurisprudência.

Quanto à conceituação, Arnaldo Rizzardo assim expõe:

Em suma, o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de es-

pírito, a reputação etc. É puro dano moral, sem qualquer repercussão no patrimônio, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. (Responsabilidade Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 233).

Para a jurisprudência desta Corte Superior, o dano moral pode ser definido como lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade (REsp n. 1.426.710/RS, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

Sérgio Cavalieri Filho, por sua vez, pontua que o dano moral, em sentido estrito e à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade. E continua:

Nesse linha de principio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborreci-

mento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111).

Dessa maneira, o dano moral se configura diante da ofensa aos atributos da personalidade, que seja capaz de atingir a dignidade de alguém.

Por outro lado, segundo o ordenamento jurídico, para haver a reparação por danos morais, devem estar preenchidos os três pressupostos de responsabilidade civil em geral, quais sejam: a ação, o dano e o nexo de causalidade entre eles. Apenas nessa hipótese, surgirá a obrigação de indenizar.

Nesse sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“Viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e deveres, tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca, sem dúvida, freqüentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidente reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abalos e danos de monta.

Para, no entanto, chegar-se à configuração do dever de in-

denizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal.

Se o incômodo é pequeno (irrelevância) e se, mesmo sendo grave, não corresponde a um comportamento indevido (licitude), obviamente não se manifestará o dever de indenizar (ausência da responsabilidade civil cogitada no art. 159 do Código Civil).

Como adverte a boa doutrina “o papel do juiz é de relevância fundamental na apreciação das ofensas honra, tanto na comprovação da existência do prejuízo, ou seja, se se trata efetivamente da existência do ilícito, quanto à estimação do seu quantum. A ele cabe, com ponderação e sentimento de justiça, colocar-se como homem comum e determinar se o fato contém os pressupostos do ilícito e, conseqüentemente, o dano e o valor da reparação” (*Dano moral*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.8).

Assim, a regra é de que o ofendido que pretende a reparação por danos morais deve provar o prejuízo que sofreu. Em algumas situações, todavia, o dano moral pode ser presumido (ou *in re ipsa*).

O dano moral, nesses casos, deriva necessariamente do próprio fato ofensivo, de maneira que, comprovada a ofensa, *ipso facto*, surge a necessida-

de de reparação, dispensando a análise de elementos subjetivos do agente causador e a prova de prejuízo.

Comentando o referido instituto, Cristiano Chaves Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald pontuam que, ainda que não seja necessária a comprovação da dor ou da mágoa, é imprescindível a prova quanto à própria existência do dano moral. Por outro lado, entendem que "a fórmula *in re ipsa*, como vem sendo utilizada atualmente, converte a dignidade em sacrossanto princípio, sacramentado o *an debeatur* pelo simples relato da vítima quanto ao fato que abstratamente lhe ocasionou lesão à dignidade" (*Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

É certo que não há legislação prevendo quais fatos estão dentro da compensação moral. Assim, esta Corte Superior define situações excepcionais que são consideradas de dano presumido, podendo esta definição se atualizar ao longo do tempo.

A propósito, confirmam-se algumas situações em que o Superior Tribunal de Justiça considera (atualmente) como sendo causadoras de dano moral *in re ipsa*:

- Inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito ou protesto irregular de título (REsp 1.059.663/MS, Relatora

a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/2008, DJe 17/12/2008);

- Publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais – Súmula 403);

- Uso indevido de marca (REsp n. 1.327.773/MG, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 15/02/2018);

- Importação de produtos falsificados, ainda que não exibidos no mercado consumidor (REsp n. 1.535.668/SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/9/2016, DJe 26/9/2016);

- Violência doméstica contra a mulher (REsp n. 1.675.874/MS, Relator o Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe 8/3/2018) - Tema 983);

- Morte de parente do núcleo familiar (REsp n. 1.270.983/SP, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 5/4/2016);

- Agressão física e verbal a criança (REsp n. 1.642.318/MS, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7/2/2017, DJe 13/2/2017).

Nos casos citados, portanto, a configuração do dano moral *in re ipsa* está vinculada à existência do fato.

Por outro lado, diante da banalização dos danos morais, nota-se, nos dias atuais, o crescimento no ajuizamento de demandas reparatórias fundamentadas em simples transtor-

nos diários que acometem qualquer cidadão numa convivência social.

Esta Corte Superior, sob o enfoque de que o incômodo ou dissabor não é suficiente a ensejar reparação, ao analisar o típico caso envolvendo demora na entrega de imóvel adquirido na planta, firmou entendimento no sentido da ausência de danos morais decorrentes do mero descumprimento do prazo contratual, sendo indispensável que o autor, para obter indenização extrapatrimonial, demonstre situação extraordinária, capaz de gerar efetiva lesão moral, diversa de simples aborrecimento.

A propósito, no REsp n. 1.642.314/SE, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, ao excluir a condenação à indenização por danos morais, pontuou que "a fundamentação do dano extrapatrimonial está justificada somente na frustração da expectativa da recorrida em residir em imóvel próprio, sem traçar qualquer nota adicional ao mero atraso que pudesse, para além dos danos materiais, causar grave sofrimento ou angústia a ponto de configurar verdadeiro dano moral".

No mesmo sentido, confirmaram-se estes precedentes:

DIREITO CIVIL - CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO

FIDUCIÁRIA - PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA (PMCMV) - ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DISTINGUISHING - IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO POR LUCROS CESSANTES - AUSÊNCIA DE CAUSA JURÍDICA - VEDAÇÃO LEGAL ESPECÍFICA AO COMPRADOR, BENEFICIÁRIO DO PROGRAMA ASSISTENCIAL DE MORADIA PROMOVIDO PELO GOVERNO FEDERAL, DE DISPOR PATRIMONIALMENTE DO IMÓVEL ANTES DA QUITAÇÃO DO MÚTUO - PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, DA BOA-FÉ E DA PROIBIÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - DANOS EMERGENTES NÃO COMPROVADOS - APLICAÇÃO DA SÚMULA 07 DO STJ - O MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL NÃO GERA DANOS MORAIS INDENIZÁVEIS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA.

Hipótese: caso em que a compradora de bem imóvel, beneficiária de programa governamental de assistência do direito de moradia, regido pela Lei n.º 11.977/2009 ("PMCMV"), pleiteia o ressarcimento por danos materiais e morais pelo atraso na entrega da obra.

1. Não se constata a alegada violação ao art. 535 do CPC/73 (art. 1.022, NCP), na medida em que a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, embora não tenha acolhido a pretensão da insurgente.

2. A questão litigiosa, dada a natureza da relação contratual em evidência, exige a realização de um importante e significativo distinguishing quanto ao dano material a ser indenizado, por se tratar de financiamento imobiliário sujeito às regras de subvenção econômica mantida pelo erário público e especificadas, umbilicalmente, na Lei n.º 11.977/2009, que, promulgada pelo governo federal, instituiu o programa social do "Minha Casa, Minha Vida".

3. Na hipótese específica, não há como ser indenizado o beneficiário da política pública de assistência à moradia quanto aos lucros cessantes, porquanto não é permitido ao promitente comprador dispor economicamente do bem por expressa vedação legal contida na norma de regência (Lei n.º 11.977/2009).

4. Neste caso peculiar, somente será possível o ressarcimento material por danos emergentes quando restar comprovado, pela situação fático-probatória cristalizada pela instância ordinária, o gasto do mutuário/beneficiário, durante o período de atraso de entrega do bem, com locação de imóvel para uso próprio ou familiar de moradia, o que, na presente demanda, não ocorreu.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o mero dis-sabor ou aborrecimento, experimentado em razão de inadimplemento contratual, pela demora na entrega de

obra, não configura, por si só, prejuízo extrapatrimonial indenizável. Aplicação da Súmula 83 do STJ. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte Superior.

6. Recurso especial desprovido. (REsp n. 1.573.945/RN, Relator o Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 5/8/2019 – original sem grifo)

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO STJ. DANOS MORAIS. SIMPLES ATRASO. AUSÊNCIA.

1. Ação ajuizada em 29/08/2014. Recurso especial interposto em 06/06/2016 e distribuído a este gabinete em 22/09/2016.

2. É possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes quando há atraso na entrega do imóvel pela construtora. Precedentes.

3. Danos morais: ofensa à personalidade. Precedentes. Necessidade de reavaliação da sensibilidade ético-social comum na configuração do dano moral. Inadimplemento contratual não causa, por si, danos morais. Precedentes.

4. O atraso na entrega de unidade imobiliária na data

estipulada não causa, por si só, danos morais ao promitente-comprador.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 1.642.314/SE, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/3/2017, DJe 22/3/2017 – original sem grifo)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMÓVEL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ENTREGA. ATRASO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Esta Corte tem firmado o posicionamento de que o mero descumprimento contratual, caso em que a promitente vendedora deixa de entregar o imóvel no prazo contratual injustificadamente, embora possa ensejar reparação por danos materiais, não acarreta, por si só, danos morais.

2. Na hipótese dos autos, a construtora recorrida foi condenada ao pagamento de danos materiais e morais, sendo estes últimos fundamentados apenas na demora na entrega do imóvel, os quais não são, portanto, devidos.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 570.086/PE, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 27/10/2015 – original sem grifo)

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. ABORRECIMENTO E DISSADOR. EXAME DAS PREMISAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. NÃO INCIDENTÍCIA.

1. O simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade.

2. A Corte local, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, concluiu que o atraso na entrega do imóvel, de aproximadamente 9 (nove) meses, por si, frustrou a expectativa do casal de ter um lar, causando, consequentemente, transtornos por não ter domicílio próprio. Com efeito, o Tribunal de origem apenas superestimou o desconforto, o aborrecimento e a frustração da autora, sem apontar, concretamente, situação excepcional específica, desvinculada dos normais aborrecimentos do contratante que não recebe o imóvel no prazo contratual.

3. A orientação adotada na decisão agravada não esbarra no óbice contido no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, tendo em vista que foram consideradas, apenas, as premissas fáticas descritas no acórdão recorrido.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.408.540/MA, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 19/2/2015 – original sem grifo)

No tocante à prova do dano moral, de rigor a transcrição dos ensinamentos de Rui Stocco:

Como o dano moral é, em verdade, um "não dano", não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressumo óbvio.

Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material. Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, intimidade, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros. Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados. Ou seja, não basta, *ad exemplum*, um passageiro alegar ter sido ofendido moralmente, em razão do extravio de sua bagagem, ou do atraso no voo, em viagem de férias que fazia, se todas as circunstâncias demonstram que tais fatos ou não correspondem à verdade fática (não teriam ocorrido), ou não o molestaram, nem foram suficientes para atingir um daqueles sentimentos d'alma, nem criou óbice às suas férias. (...)

É evidente que a prova do dano moral não ocorre tal como se exige para o dano material, nem se há de exigir prova direta.

Contudo, embora a dor, a tristeza, a angústia e outros sentimentos internos, - tal como os pensamentos - não possam ser medidos, perscrutados, nem documentados no momento em que se manifesta, para comprovação futura, podem ser inferidos do histórico de vida da pessoa; do seu comportamento; das circunstâncias externas que envolvem o caso e aquele que alega o dano moral e da experiência comum. Mas uma coisa é certa. A doutrina evoluiu no sentido de exigir a prova do dano moral quando não esteja *in re ipsa*, ainda que essa prova seja presumtiva e possa ser buscada por outros meios mais dúcteis e não se a exija direta, tal como ocorre com o dano material. Significa dizer, em resumo, que o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou de aferição do quantum.

Mas o fato e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação ou pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, em face das circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, seja com relação ao seu vultus, seja, ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante (*Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*).

dência, tomo II. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 972-974).

Quanto ao caso específico dos autos (atraso na baixa do gravame registrado), o atual entendimento de ambas as Turmas da Segunda Seção desta Corte é no sentido de afastar o dano dano moral presumido, entendendo ser necessária a comprovação de situação fática que ultrapasse os aborrecimentos normais do descumprimento do prazo pactuado entre as partes.

Ilustrativamente, confirmam-se os seguintes precedentes:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VEÍCULO AUTOMOTOR. BAIXA DE GRAVAME. DEMORA. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. Considera-se deficiente a fundamentação do recurso especial que alega ofensa ao art. 535 do CPC e não demonstra, clara e objetivamente, qual ponto omissis, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido não foi sanado no julgamento dos embargos de declaração. 2. O inadimplemento contratual gera, ordinariamente, os efeitos estabelecidos no art. 389 do Código Civil, segundo o qual, "não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos mais juros e atualização monetária segun-

do índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado".

3. Somente haverá indenização por danos morais se, além do descumprimento do contrato, ficar demonstrada circunstância especial capaz de atingir os direitos de personalidade, o que não se confunde com o mero dissabor.

4. O simples atraso em baixar gravame de alienação fiduciária no registro do veículo automotor não é apto a gerar, in re ipsa, dano moral, sendo indispensável demonstrar a presença de efetivas consequências que ultrapassem os aborrecimentos normais vinculados a descumprimento contratual.

Nessa linha: REsp n. 1.653.865/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23.5.2017, DJe 31.5.2017.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. (REsp n. 1.599.224/RS, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 16/8/2017 – original sem grifo)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. ACORDO. QUITAÇÃO DO CONTRATO. DEMORA NA LIBERAÇÃO DO GRAVAME SOBRE O BEM JUNTO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO COMPETENTE. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/2015, é de rigor a rejeição dos embargos de declaração.

2. A configuração do dano moral pressupõe uma grave agressão ou atentado a direito da personalidade, capaz de provocar sofrimentos e humilhações intensos, descompondo o equilíbrio psicológico do indivíduo por um período de tempo desarrazoado.

3. Desse modo, ausentes circunstâncias excepcionais devidamente comprovadas, a simples demora da instituição financeira em, quitado o contrato, providenciar a liberação do gravame de alienação fiduciária sobre o veículo junto ao órgão de trânsito competente não enseja, por si só, dano moral indenizável.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.653.865/RS, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 31/5/2017 – original sem grifo)

No mesmo sentido, podem ser mencionados os seguintes acórdãos (sem destaques nos originais):

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DA LIDE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS ARTS. 489, 508 E 1.022 DO

CPC/2015. BAIXA DE GRAVAME. DANO MORAL IN RE IPSA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA N. 83/STJ. REAVALIAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta aos arts. 489, 508 e 1.022 do CPC/2015 quando a Corte local pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o simples atraso em baixar gravame de alienação fiduciária no registro do veículo automotor não é apto a gerar, in re ipsa, dano moral, sendo indispensável demonstrar a presença de efetivas consequências que ultrapassem os aborrecimentos normais vinculados a descumprimento contratual. Precedentes.

3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem incursão no contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

4. No caso concreto, entender pela existência de dano moral demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial.

5. A incidência da Súmula n. 7 do STJ impede o conhecimen-

to do recurso interposto também com base na alínea "c" do permissivo constitucional.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.624.793/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 24/9/2020)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VEÍCULO AUTOMOTOR. BAIXA DE GRAVAME. DEMORA. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. 1. O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Não há ofensa falar em negativa de prestação jurisdicional, se o tribunal de origem se pronuncia fundamentadamente sobre as questões postas a exame, dando suficiente solução à lide, sem incorrer em qualquer vício capaz de maculá-lo.

2. Nos termos da jurisprudência desta Casa, o simples atraso em baixar gravame de alienação fiduciária no registro do veículo automotor não é apto a gerar, *in re ipsa*, dano moral, sendo indispensável demonstrar a presença de efetivas consequências que ultrapassem os aborrecimentos normais vinculados a descumprimento contratual. Aplicação da Súmula nº 568/STJ.

3. Na hipótese, alterar a conclusão da instância ordinária

para entender que o dano moral restou configurado depende, necessariamente, do reexame dos elementos probatórios constante dos autos, prática vedada a esta Corte por força da Súmula nº 7/STJ.

4. A ausência de similitude fática entre os julgados confrontados impede o conhecimento do dissídio interpretativo.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no Resp n. 1.695.912/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 31/8/2020)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. GRAVAME. DEMORA NA BAIXA. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional diante do enfrentamento das questões relevantes devolvidas à Corte de origem, não consubstanciando qualquer eiva ao art. 489 do CPC/15 a tomada de posição devidamente fundamentada, porém contrária à sustentada pela parte.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o simples atraso em baixar gravame de alienação fiduciária no registro do veículo automotor não é apto a

gerar, in re ipsa, dano moral, sendo indispensável demonstrar a presença de efetivas consequências que ultrapassem os aborrecimentos normais vinculados ao descumprimento contratual.

3. A revisão da conclusão da Corte estadual - acerca da ausência dos requisitos ensejadores da reparação civil pleiteada - demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice disposto no Enunciado n.º 7/STJ.

4. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.326.527/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 28/5/2020)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMORA NA BAIXA DE GRAVAME SOBRE VEÍCULO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Agravo interno contra decisão da Presidência que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

2. A demora na baixa de gravame de veículo, por si só, não gera dano moral indenizável, sendo necessária para tanto a demonstração de constrangimento que ultrapasse o mero dissabor. Precedentes.

3. A modificação do entendimento lançado no v. acórdão recorrido, quanto à ausência de

demonstração de fatos que ensejem dano moral, demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp n. 1.627.389/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 18/5/2020)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO. BAIXA DE GRAVAME. DEMORA. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que o simples atraso em baixar gravame de alienação fiduciária no registro de veículo automotor não é apto a gerar dano moral *in re ipsa*, sendo indispensável demonstrar a presença de efetivas consequências que ultrapassem os aborrecimentos normais vinculados ao descumprimento contratual" (AgInt no AgInt no AREsp 1324503/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 28/05/2019).

2. O exame da pretensão recursal de reforma do v. acórdão recorrido exigiria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.595.006/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 2/4/2020)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO REQUERENTE.

1. O Tribunal de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide, de modo que, ausente qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa ao artigo 1.022 do CPC/15.

2. Esta Corte Superior firmou posicionamento no sentido de que a baixa de demora de gravame de veículo adquirido por alienação fiduciária não configura dano moral *in re ipsa*. Incidência da Súmula 83/STJ.

2.1. No caso em tela, a revisão do aresto impugnado no sentido pretendido pela parte recorrente exigiria derruir a convicção formada nas instâncias ordinárias sobre a inexistência de circunstâncias outras a comprovar o dano sofrido. Incidência da Súmula 7/STJ.

2.2. Esta Corte de Justiça tem entendimento no sentido de que a incidência do referido óbice impede o exame do dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade

entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução à causa a Corte de origem. Precedentes.

3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 1.666.231/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 6/6/2019)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VEÍCULO AUTOMOTOR. BAIXA DE GRAVAME. DEMORA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que o simples atraso em baixar gravame de alienação fiduciária no registro de veículo automotor não é apto a gerar dano moral *in re ipsa*, sendo indispensável demonstrar a presença de efetivas consequências que ultrapassem os aborrecimentos normais vinculados ao descumprimento contratual.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AgInt no AREsp n. 1.324.503/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 28/5/2019)

Não se desconhece que o CONTRAN, por meio da Resolução n. 689, de 27/9/2017, estabeleceu o prazo de 10 (dez)

dias para as instituições credoras informarem ao órgão de trânsito acerca da quitação do contrato, nestes termos:

Art. 16. Após cumprida pela instituição credora a obrigação de prestar informação relativa a quitação das obrigações do devedor perante a instituição, o órgão ou entidade de trânsito de registro do veículo procederá, de forma obrigatória, automática e eletrônica, a baixa do Gravame constante no cadastro do veículo, no prazo máximo de 10 dias, sem qualquer custo para o Declarante, independentemente da transferência de propriedade do veículo em razão do contrato que originou o Gravame ou da existência de débitos incidentes sobre o veículo.

Com efeito, é certo que a não observância do referido prazo, ou daquele pactuado entre as partes, configura descumprimento do ordenamento jurídico ou do contrato, todavia, não comprovado nenhum dano advindo em decorrência desse ato, inexistente direito à reparação por danos morais.

Não se desconhece o possível aborrecimento suportado pelo proprietário que, mesmo após a quitação do contrato, precisa procurar a instituição credora para providenciar a baixa na alienação fiduciária no registro do veículo. Contu-

do, tal fato não passa de mero contratempo, comum à moderna vida em sociedade, não podendo simples transtorno ser definido como dano moral, sob pena de banalização do instituto.

Por conseguinte, diante do mencionado entendimento doutrinário e dos precedentes desta Corte Superior, o simples descumprimento do prazo não gera dano moral. É necessário demonstrar a ocorrência de lesão aos direitos da personalidade, que ocorre quando o ilícito é capaz de repercutir na esfera da dignidade da pessoa, gerando situação vexatória ou forte abalo psíquico. Dessa forma, as máximas da experiência comum não respaldam a presunção de que a contrariedade e o dissabor que naturalmente emergem do inadimplemento contratual possam invariavelmente caracterizar dano moral. No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho ensina que "o mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agredem a dignidade humana" (Programa de Responsabilidade Civil. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 112).

Portanto, a demora na baixa de gravame de veículo, por si só, não gera dano moral indenizável, salvo a demonstração de circunstâncias específicas que sejam capazes de

provocar graves lesões à personalidade e ao prestígio social do ofendido e que ultrapassem o mero dissabor.

3. Proposta de tese repetitiva

Diante das considerações apresentadas, para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, propõe-se a seguinte tese:

O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral *in re ipsa*".

4. Julgamento do caso concreto

4.1. Negativa de prestação jurisdicional

Em relação à suscitada negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que o Tribunal de origem enfrentou, de forma clara e fundamentada, as questões suscitadas pelas partes (a respeito do descumprimento do acordo judicial e do pedido de intimação pessoal da instituição financeira para que procedesse à baixa do gravame).

Constata-se, na verdade, que a parte recorrente levantou os supostos vícios ensejadores da oposição dos aclaratórios com a nítida intenção de rejulgar a causa (a pretexto da existência de contradição, omissão e deficiência na fundamentação), finalidade à

qual não se prestam os declaratórios.

Desse modo, aplica-se à espécie o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual "não há violação dos artigos 489 e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, quando embora rejeitados os embargos de declaração, o Tribunal de origem indicou adequadamente os motivos que lhe formaram o convencimento, analisando de forma clara, precisa e completa as questões relevantes do processo e solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese" (AgInt no AREsp 1.768.300/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/6/2021, DJe 1º/7/2021).

4.2. Dano moral

Na hipótese dos autos, é incontroverso que a instituição financeira recorrida não cumpriu o acordo judicial firmado no âmbito de ação revisional anterior, pois, apesar de ter procedido ao levantamento dos valores depositados em juízo pelo recorrente para a quitação do contrato, não promoveu, no prazo pactuado, o cancelamento do gravame de alienação fiduciária constante no registro do veículo junto ao competente órgão de trânsito.

A respeito, convém reproduzir o que dispôs o acórdão recorrido (e-STJ fls. 217-221):

Na situação dos autos, a parte autora reclama indenização

por danos morais em razão do descumprimento de acordo judicial celebrado entre as partes nos autos da ação revisional, no qual ajustaram a quitação do contrato de financiamento de veículo.

Destaca que realizou o pagamento do acordo conforme ajustado, no entanto, mesmo integralmente quitado o financiamento, a baixa do gravame do veículo não foi diligenciada pela instituição financeira.

Assevera, assim, estar caracterizado o dano.

Com efeito, apresentadas essas diretrizes iniciais acerca da situação controvertida entre as partes, atento à situação dos autos e à prova produzida, tenho que não merece reparo o desfecho dado pelo julgador singular em relação aos acontecimentos de origem e ao decreto de improcedência do pedido, consoante bem examinados pelo sentenciaste, cujo trecho da sentença reprodizo, a fim de evitar tautologia:

(...)

O acordo entabulado entre as partes estabeleceu obrigações bilaterais, a serem cumpridas tanto pelo demandante (adimplemento de valores) como à instituição financeira requerida (efetuar a liberação do veículo referente à alienação fiduciária).

É cediço que a parte autora, conforme demonstrou o conjunto probatório, cumpriu com sua parte e adimplindo o montante pecuniário com o que se

comprometeu. No entanto, o banco requerido, mesmo após receber o valor integral da dívida, deixou de liberar o gravame que recaía sobre o veículo. Contudo, mesmo diante do descumprimento unilateral da obrigação, ressalto por oportuno que os fatos narrados na mantida entre as partes, o fato de se dar um bem em garantia de pagamento de uma dívida é uma obviedade, não há falar em perda de estima pública porque se tem um automóvel gravado por alienação fiduciária originada de um contrato de financiamento legal/mente celebrado.

O que se constata é que a manutenção do gravame no cadastro do veículo gerou, ao autor, apenas dissabor natural e contemporâneo com a época em que vivemos, sem maiores repercussões, quer no sentimento pessoal, sem humilhação exagerada, nem sofrimento extraordinário ou mesmo no campo do padecimento moral ou pessoal, não gerando dever de indenizar.

Portanto, o que vislumbro na situação fática exposta nos autos, bem como no conjunto probatório do feito, são meros dissabores decorrentes das relações sociais, descabendo indenização por danos morais.

Assim, por todos os argumentos fáticos, doutrinários e jurisprudenciais alhures, a improcedência da presente ação é medida que se impõe.

Demais a mais, conforme reiteradamente vem sendo proclamado em julgados desta Corte e, em especial dessa Câmara Cível, efetivamente, o acontecimento em referência, por si só, não seria capaz de caracterizar dano moral.

Com efeito, para o reconhecimento do dano moral, cediço que se revela necessário um acontecimento extraordinário, com carga suficiente para impor no ofendido um sofrimento moral intenso, causador de sequelas de indiscutível repercussão. Desse modo, pode-se dizer que não se amoldam, nesse panorama, simples desconfortamentos no âmbito subjetivo da pessoa, nem tampouco nas hipóteses em que a alegada dor ou desconforto seriam normalmente suportados.

Ao revés, deve ocorrer uma situação que fuja do razoável, não bastando qualquer sensação de desconforto, pois frustrações, decepções e desgostos, de certo modo, fazem parte da vida em sociedade.

Ademais, importante registrar que incumbia à parte recorrente, em havendo o descumprimento, encaminhar solicitação formal ao juízo de origem para cumprimento da ordem judicial, inclusive sob pena de multa, se fosse o caso. Se assim não procedeu à época é porque a situação não lhe causou qualquer prejuízo que, agora, tempo depois, alega ter sofrido. Nesse sentido, cumpre destacar o entendimento jurisprudencial a respeito do tema, notadamente no âmbito desta Câmara Cível:

[...]

Nessa ordem de ideias, cumpria à parte autora demonstrar os transtornos ou abalos decorrentes da manutenção do gravame sobre o veículo do qual não se desincumbiu, com o que a situação versada nos autos não importa em uma ofensa aos atributos da personalidade, senão mero dissabor decorrente da vida cotidiana, que deve ser absorvida e superada, sob pena de inviabilizar as relações sociais.

Como visto, o Tribunal de origem, em consonância com a proposta ora apresentada, entendeu que a demora na baixa de restrição após a quitação do financiamento, por si só e quando não comprovado real dano à pessoa, não passa de mero dissabor, não provocando abalo suficiente à violação dos direitos inerentes à personalidade, o que justifica a sua manutenção e o desprovisionamento do recurso especial.

5. Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro a verba honorária em R\$ 300,00 (trezentos reais), observada a suspensão da exigibilidade decorrente da gratuidade da justiça concedida ao recorrente, consoante previsto no art. 98, § 3º, do CPC/2015.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SUSTENTAÇÃO ORAL

Consignada a presença, pela Recorrida BV FINANCEIRA S.A. CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, do Dr. RICARDO LUIZ BLUNDI STURZENEGGER.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Segunda Seção, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese: "O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral in re ipsa."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Empréstimo bancário. Débito de prestações em conta-corrente. Ausência de limitador legal.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PRETENSÃO DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS DAS PARCELAS DE EMPRÉSTIMO COMUM EM CONTA-CORRENTE, EM APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 10.820/2003 QUE DISCIPLINA OS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PREJUDICADO O RECURSO ESPECIAL DA DEMANDANTE, QUE PLEITEAVA A MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA.

1. A controvérsia inserta no presente recurso especial repetitivo está em definir se, no bojo de contrato de mútuo bancário comum, em que há expressa autorização do mutuário para que o pagamento se dê por meio de descontos mensais em sua conta-

corrente, é aplicável ou não, por analogia, a limitação de 35% (trinta e cinco por cento) prevista na Lei n. 10.820/2003, que disciplina o contrato de crédito consignado em folha de pagamento (chamado empréstimo consignado).

2. O empréstimo consignado apresenta-se como uma das modalidades de empréstimo com menores riscos de inadimplência para a instituição financeira mutuante, na medida em que o desconto das parcelas do mútuo dá-se diretamente na folha de pagamento do trabalhador regido pela CLT, do servidor público ou do segurado do RGPS (Regime Geral de Previdência Social), sem nenhuma ingerência por parte do mutuário/correntista, o que, por outro lado, em razão justamente da robustez dessa garantia, reverte em taxas de juros significativamente menores em seu favor, se comparado com outros empréstimos.

2.1 Uma vez ajustado o empréstimo consignado em

¹ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2140622&num_registro=202000406103&data=20220315&formato=PDF>.

folha de pagamento, não é dado ao mutuário, por expressa disposição legal, revogar a autorização concedida para que os descontos afetos ao mútuo ocorram diretamente em sua folha de pagamento, a fim de modificar a forma de pagamento ajustada.

2.2 Nessa modalidade de empréstimo, a parte da remuneração do trabalhador comprometida à quitação do empréstimo tomado não chega nem sequer a ingressar em sua conta-corrente, não tendo sobre ela nenhuma disposição. Sob o influxo da autonomia da vontade, ao contratar o empréstimo consignado, o mutuário não possui nenhum instrumento hábil para impedir a dedução da parcela do empréstimo a ser descontada diretamente de sua remuneração, em procedimento que envolve apenas a fonte pagadora e a instituição financeira.

2.3 É justamente em virtude do modo como o empréstimo consignado é operacionalizado que a lei estabeleceu um limite, um percentual sobre o qual o desconto consignado em folha não pode exceder. Revela-se claro o escopo da lei de, com tal providência, impedir que o tomador de empréstimo, que pretenda ter acesso a um crédito relativamente mais barato na moda-

lidade consignado, acabe por comprometer sua remuneração como um todo, não tendo sobre ela nenhum acesso e disposição, a inviabilizar, por consequência, sua subsistência e de sua família.

3. Diversamente, nas demais espécies de mútuo bancário, o estabelecimento (eventual) de cláusula que autoriza o desconto de prestações em conta-corrente, como forma de pagamento, consubstancia uma faculdade dada às partes contratantes, como expressão de sua vontade, destinada a facilitar a operacionalização do empréstimo tomado, sendo, pois, passível de revogação a qualquer tempo pelo mutuário. Nesses empréstimos, o desconto automático que incide sobre numerário existente em conta-corrente decorre da própria obrigação assumida pela instituição financeira no bojo do contrato de conta-corrente de administração de caixa, procedendo, sob as ordens do correntista, aos pagamentos de débitos por ele determinados, desde que verificada a provisão de fundos a esse propósito.

3.1 Registre-se, inclusive, não se afigurar possível - consideradas as características intrínsecas do contrato de conta-corrente - à instituição financeira, no desempenho de sua obrigação contratual de

administrador de caixa, individualizar a origem dos inúmeros lançamentos que ingressam na conta-corrente e, uma vez ali integrado, apartá-los, para então sopesar a conveniência de se proceder ou não a determinado pagamento, de antemão ordenado pelo correntista.

3.2 Essa forma de pagamento não consubstancia indevida retenção de patrimônio alheio, na medida em que o desconto é precedido de expressa autorização do titular da conta-corrente, como manifestação de sua vontade, por ocasião da celebração do contrato de mútuo. Tampouco é possível equiparar o desconto em conta-corrente a uma dita constrição de salários, realizada por instituição financeira que, por evidente, não ostenta poder de império para tanto. Afinal, diante das características do contrato de conta-corrente, o desconto, devidamente avençado e autorizado pelo mutuário, não incide, propriamente, sobre a remuneração ali creditada, mas sim sobre o numerário existente, sobre o qual não se tece nenhuma individualização ou divisão.

3.3 Ressai de todo evidenciado, assim, que o mutuário tem em seu poder muitos mecanismos para evitar que a instituição financeira realize os descontos contratados, possuindo livre acesso e disposi-

ção sobre todo o numerário constante de sua conta-corrente.

4. Não se encontra presente nos empréstimos comuns, com desconto em conta-corrente, o fator de discriminação que justifica, no empréstimo consignado em folha de pagamento, a limitação do desconto na margem consignável estabelecida na lei de regência, o que impossibilita a utilização da analogia, com a transposição de seus regramentos àqueles. Refoge, pois, da atribuição jurisdicional, com indevida afronta ao Princípio da Separação do Poderes, promover a aplicação analógica de lei à hipótese que não guarda nenhuma semelhança com a relação contratual legalmente disciplinada.

5. Não se pode conceber, sob qualquer ângulo que se analise a questão, que a estipulação contratual de desconto em conta-corrente, como forma de pagamento em empréstimos bancários comuns, a atender aos interesses e à conveniência das partes contratantes, sob o signo da autonomia da vontade e em absoluta consonância com as diretrizes regulamentares expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, possa, ao mesmo tempo, vilipendiar direito do titular da conta-corrente, o qual detém a faculdade de revogar

o ajuste ao seu alvedrio, assumindo, naturalmente, as consequências contratuais de sua opção.

6. A pretendida limitação dos descontos em conta-corrente, por aplicação analógica da Lei n. 10.820/2003, tampouco se revestiria de instrumento idôneo a combater o endividamento exacerbado, com vistas à preservação do mínimo existencial do mutuário.

6.1. Essa pretensão, além de subverter todo o sistema legal das obrigações - afinal, tal providência, a um só tempo, teria o condão de modificar os termos ajustados, impondo-se ao credor o recebimento de prestação diversa, em prazo distinto daquele efetivamente contratado, com indevido afastamento dos efeitos da mora, de modo a eternizar o cumprimento da obrigação, num descabido dirigismo contratual -, não se mostraria eficaz, sob o prisma geral da economia, nem sequer sob o enfoque individual do mutuário, ao controle do superendividamento.

6.2. Tal proceder, sem nenhum respaldo legal, importaria numa infundável amortização negativa do débito, com o aumento mensal e exponencial do saldo devedor, sem que haja a devida conscientização do devedor a respeito do dito "crédito responsá-

vel", o qual, sob a vertente do mutuário, consiste na não assunção de compromisso acima de sua capacidade financeira, sem que haja o comprometimento de seu mínimo existencial. Além disso, a generalização da medida - sem conferir ao credor a possibilidade de renegociar o débito, encontrando-se ausente uma política pública séria de "crédito responsável", em que as instituições financeiras, por outro lado, também não estimulem o endividamento imprudente - redundaria na restrição e no encarecimento do crédito, como efeito colateral.

6.3. A prevenção e o combate ao superendividamento, com vistas à preservação do mínimo existencial do mutuário, não se dão por meio de uma indevida intervenção judicial nos contratos, em substituição ao legislador. A esse relevante propósito, sobreveio - na seara adequada, portanto - a Lei n. 14.181/2021, que alterou disposições do Código de Defesa do Consumidor, para "aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

7. Ratificação da uníssona jurisprudência formada no âmbito das Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, explicitada por esta Segunda Seção por oca-

sião do julgamento do REsp 1.555.722/SP.

8. Tese Repetitiva: São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento.

9. Recurso especial da instituição financeira provido; e prejudicado o recurso especial da demandante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, indeferir o pedido de adiamento do julgamento.

No mérito, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial da instituição financeira e julgar prejudicado o recurso especial da mutuária, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese: "São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-cor-

rente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília, 09 de março de 2022 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator.

REsp 1.863.973-SP. DJe 15/03/2022.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de recurso especial interposto por Banco do Brasil S.A., com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, afetado pela Segunda Seção desta Corte Superior para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (arts. 1.036, § 5º, 1.037 e 1.038

do Código de Processo Civil de 2015; e 256-E do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

Na origem, Maria dos Anjos Pedrosa promoveu ação de obrigação de fazer c/c tutela de urgência contra o Banco do Brasil S.A., tendo por propósito obstar que a instituição financeira demandada promova, para a quitação das parcelas de empréstimos bancários contratados, o desconto de quantia superior a 30% (trinta por cento) de seus rendimentos líquidos em conta-corrente, na qual recebe, segundo alega, seu salário, sob pena de multa diária não inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

A demanda foi julgada procedente pelo Juízo de primeiro grau, "a fim de determinar ao réu que efetue os descontos dos valores devedores no limite máximo de 30% de todo o rendimento líquido da autora, até a quitação do débito, tornando definitiva a tutela concedida às fls. 37/38" (e-STJ, fl. 123). O Juízo a quo condenou o banco demandado, ainda, ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conferiu parcial provimento, apenas

para fixar a verba honorária em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fundamento no art. 85, § 8º, do CPC/2015, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 167):

Apelação Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela de urgência Procedência -Empréstimo consignado Limitação dos descontos das prestações dos contratos em 30% dos vencimentos salariais líquidos do autor -Admissibilidade desta limitação Contrato firmado pelo correntista que prevê mencionado desconto Previsão admissível, em princípio, devendo, contudo, ser limitada, face ao caráter alimentar do salário Honorários advocatícios Redução pretendida pelo do apelante Admissibilidade em razão do alto valor da causa, além do grau de complexidade da demanda Honorários que merecem ser fixados por equidade, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC Recurso parcialmente provido.

No recurso especial, o Banco do Brasil S.A. alega violação dos arts. 185, 421, 422 e 427 do Código Civil; bem como dissídio jurisprudencial.

Em suas razões recursais, sustenta, em resumo, que a demandante contraiu empréstimo, tendo firmado contrato, em que se estabeleceu o desconto em conta-corrente, inexistindo nenhuma ilegalidade de seu teor. Ressalta que, de fato, é vedada a pe-

nhora ou constrição dos salários ou qualquer outra modalidade de remuneração na fonte pagadora ou diretamente na folha de pagamento, circunstância que não se faz presente na hipótese. Afirma, outrossim, que o desconto dos valores existentes na conta-corrente, a fim de quitar as parcelas de empréstimos, com expressa previsão contratual nesse sentido, decorre da explícita manifestação de vontade da mutuária, inexistindo, pois, ilegalidade em tal ajuste.

A parte adversa apresentou contrarrazões às fls. 229-244 (e-STJ).

Maria dos Anjos Pedrosa, por sua vez, interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, em que apontou a violação do arts. 85, § 2º, I a IV, do CPC/2015. Pugna pela aplicação do referido dispositivo legal, a fim de nortear o arbitramento dos honorários advocatícios, afastando-se o critério da equidade indevidamente utilizados, que ensejou a fixação de verba honorária irrisória (e-STJ, fls. 196-212).

Inadmitido na origem, a ensejar a interposição de agravo nesta Corte de Justiça, o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, após conferir-lhe provimento, determinando sua conversão em recurso especial, qualificou-o como representa-

tivo da controvérsia, juntamente com o REsp 1.872.441/SP e o REsp 1.877.113/SP, candidatos à afetação para julgamento no colegiado da Segunda Seção na sistemática dos repetitivos (e-STJ, fls. 272-274).

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Soares Camelo Cordioli, constatando a presença dos requisitos previstos no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015, manifestou-se pela admissão do recurso como representativo da controvérsia, de modo a conferir o regular processamento ao incidente, nos termos dos arts. 256 e seguintes do RISTJ (e-STJ, fls. 281-285).

A Segunda Seção, por unanimidade, afetou o recurso especial ao rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC/2015), em acórdão assim ementado:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. DISCUSSÃO CONSISTENTE EM DEFINIR SE, NO ÂMBITO DO CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO, EM QUE HÁ EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DO MUTUÁRIO-CORRENTISTA PARA O DESCONTO EM CONTA-CORRENTE DAS CORRELATAS PRESTAÇÕES, É APLICÁVEL OU NÃO, POR ANALOGIA, A LIMITAÇÃO DE 30% (TRINTA POR CENTO) PREVISTA NA LEI N. 10.820/2003.

1. Delimitação da controvérsia: "Aplicabilidade ou não da limitação de 30% prevista na Lei n. 10.820/2003 (art. 1º, § 1º), para os contratos de empréstimos bancários livremente pactuados, nos quais haja previsão de desconto em conta corrente, ainda que usada para o recebimento de salário".
2. Recurso especial afetado ao rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil.

Por unanimidade, determinou-se, ainda, suspender a tramitação de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.037, II, do CPC/2015), a fim de evitar decisões divergentes nos Tribunais de origem.

Na qualidade de *amicus curiae*, foram admitidos no feito Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF), Federação Brasileira de Bancos (Febraban), Instituto Defesa Coletiva, Instituto Brasileiro de Política e Direitos do Consumidor - BrasilCon - e Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores (e-STJ, fls. 608-610, 611-613, 614-616, 617-619 e 879-881).

A Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF) e a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) aduzem em suas manifestações, em síntese, a substancial diferença

entre o contrato de crédito consignado e o contrato de mútuo com previsão de desconto em conta-corrente, o que obsta a aplicação analógica dos regramentos daquele a este último. Tecem considerações quanto à prevalência da autonomia privada na celebração dos contratos, no que se insere a possibilidade de o mutuário, a qualquer tempo, revogar os descontos ajustados como forma de pagamento, circunstância, aliás, ausente, nos empréstimos consignados. Sustentam, ainda, a conformidade de cláusula contratual em exame com as Resoluções do Conselho Monetário Nacional, competentes para regular a política de crédito. Anotam, por fim, que, nem mesmo o Projeto de Lei 1805, que trata do superendividamento, normativo vocacionado a preservar as condições mínimas de sobrevivência a pessoas em condições de alto índice de inadimplência, estabeleceu o critério de limitação dos descontos a 30%, como uma de suas alternativas, o que apenas reforça a compreensão a respeito de sua licitude.

O Instituto Defesa Coletiva, o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BrasilCon - e Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores - GAETS, por sua vez, em sua

manifestação, defendem a possibilidade da aplicação analógica da lei que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento, a fim de limitar os descontos em conta corrente no percentual ali previsto. Fazem menção à novel Lei n. 14.181/2021, em que se estabelece como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável e a preservação do mínimo existencial, o que é frustrado ao se conferir às instituições financeiras a possibilidade de descontar a conta corrente todo e qualquer valor, sem nenhum limite. Defendem que o valor ético da dignidade humana deve nortear o julgamento, na medida em que o crédito não pode ser compreendido somente a partir do ponto de vista econômico ou patrimonial. Invocam a função social do contrato, bem com o princípio da boa-fé que devem nortear a relação em todas as fases contratuais.

O GAETS, especificamente, entende, ainda, haver "uma verdadeira penhora do salário do devedor, uma penhora extrajudicial com poderes ainda maiores do que do próprio magistrado". Faz menção ao teor do enunciado n. 603 da Súmula do STJ, defendendo que o fundamento para seu cancelamento levado a efeito pela Segunda Seção - preservação da autonomia - não se

aplica aos casos em que o mutuário, ao abrir uma conta-salário, nem sequer tem a liberdade para escolher a instituição financeira depositária.

O Ministério Público Federal ofertou parecer pelo provimento do recurso especial, com fixação de tese jurídica no sentido de que o empréstimo bancário com desconto em conta corrente não se sujeita à limitação de 30% (trinta por cento) dos vencimentos do devedor, hipótese diversa da modalidade de consignação em pagamento (e-STJ, fl. 831-839).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Nos termos relatados, a controvérsia inserta no presente recurso especial repetitivo está em definir se, no bojo de contrato de mútuo bancário comum, em que há expressa autorização do mutuário para que o pagamento se dê por meio de descontos mensais em sua conta-corrente, é aplicável ou não, por analogia, a limitação de 30% (trinta por cento) prevista na Lei n. 10.820/2003, que disciplina o contrato de crédito consignado em folha de pagamento (chamado empréstimo consignado).

1. Preliminarmente.

Antes, propriamente, de adentrar na questão posta, tem-se por relevante firmar a competência interna desta Segunda Seção para julgá-la, pois, não obstante a existência de orientação emanada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema (ut QO nos EREsp 1.163.337/RS), há, como já reconheceu a Primeira Turma, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no AREsp n. 1.168.380/RJ, certa dispersão na distribuição dos correlatos recursos no âmbito desta Corte de Justiça, sendo ora apreciados no âmbito das Turmas da Primeira Seção, ora pelas Turmas componentes da Segunda Seção.

Efetivamente, a Corte Especial, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem nos EREsp 1.163.337/RS, adotou a compreensão de que os "recursos referentes a limite percentual de desconto em pagamento de empréstimo consignado feito por servidor público, com débito em conta-corrente e desconto na folha de pagamento, são da competência da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ, art. 9º, XI)".

Reconheceu-se, na oportunidade, que a qualidade de servidor público do mutuário mostra-se, a esse propósito, relevante por influir "na esti-

pulação do percentual de juros mais baixos que os de mercado", a considerar que a garantia de contrato é justamente a remuneração do servidor; e porque "o acesso a linhas de crédito decorre de regulamentação legislativa específica para a categoria de servidor público".

A Corte Especial, ao final, assentou que "ficam submetidos à competência da Segunda Seção apenas os feitos em que, a despeito de a ação versar sobre empréstimo por consignação em folha de pagamento, esses tiverem sido contraídos mediante convênio com empresas privadas e, por consequência, não sustentar o devedor a peculiar condição de servidor público".

Pela relevância, reproduz-se a ementa do julgado - sem grifo no original:

QUESTÃO DE ORDEM. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. DESCONTOS DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO. COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1.- Recursos referentes a limite percentual de desconto em pagamento de empréstimo consignado feito por servidor público, com débito em conta-corrente e desconto na folha de pagamento, são da competência da 1ª Seção do Superior Tri-

bunal de Justiça (RISTJ, art. 9º, XI).

2.- Compete, porém, à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, o julgamento de recursos referentes a empréstimo consignado, contraído por devedor não-servidor público, realizado mediante convênio com empresas privadas.

3.- Embargos de Divergência que deverão ser redistribuídos a dos autos a um dos E. Ministros integrantes da C. Primeira Seção. (EResp 1163337/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/2014, DJe 12/08/2014)

Como se verifica da orientação firmada pela Corte Especial, a competência da Primeira Seção dá-se em casos em que o servidor público celebra contrato de empréstimo consignado, discutindo-se o limite percentual do desconto, hipóteses em que o deslinde da questão perpassa pela legislação específica do servidor público e atrai, por consequência, o regime jurídico de Direito Público.

É importante perceber que os recursos especiais ora em julgamento, cuidadosamente selecionados pela Comissão Gestora de Precedentes desta Corte de Justiça e afetados por esta Segunda Seção ao rito dos recursos repetitivos, não têm por objeto discutir o "limite percentual de desconto em pagamento de empréstimo consignado feito por ser-

vidor público, com débito descontado na folha de pagamento".

Conforme delimitado no intróito deste voto, a controvérsia inserta nos recursos especiais ora em julgamento, está em saber se, em contrato de mútuo bancário comum - independentemente da qualidade do mutuário, se servidor público ou não - é aplicável, por analogia, a limitação de 30% prevista na Lei n. 10.820/2003, que disciplina o contrato de crédito consignado em folha de pagamento.

Trata-se, pois, de questão inerente ao ramo do Direito Privado, tendo por pano de fundo a relação jurídica contratual estabelecida entre particulares, de um lado o consumidor, tomador do empréstimo comum, e, do outro, a instituição financeira mutuante, controvertendo-se sobre a licitude da cláusula contratual que autoriza, como forma de pagamento do empréstimo, o desconto mensal na conta-corrente do mutuário.

Faz-se o registro, porquanto os três recursos especiais ora em julgamento têm, como mutuário de empréstimo comum, pessoas que, por coincidência, ostentam a qualidade de servidor público, circunstância que, como demonstrado, mostra-se absolutamente inidônea para afastar a competência desta Se-

gunda Seção para julgá-los, como uma leitura açodada do julgado da Corte Especial poderia conduzir.

Essa compreensão, aliás, ficou bem evidenciada pela Primeira Turma, que, deixando consignada a existência de certa dispersão na distribuição dos correlatos recursos no âmbito desta Corte de Justiça, delimitou, com precisão, a extensão da competência definida pela Corte Especial no referido julgado.

Ao ensejo, transcreve-se a ementa da Questão de Ordem no AREsp n. 1.168.380/RJ - sem grifo no original:

QUESTÃO DE ORDEM. COMPE-
TÊNCIA INTERNA. EXECUÇÃO
DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.
CONTRATO DE EMPRÉSTIMO
SIMPLES. INADIMPLEMENTO.
CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE
PAGAMENTO. IMPENHORA-
BILIDADE PREVISTA NO ART.
649, IV, DO CPC/73.

1 -A controvérsia diz respeito à possibilidade de penhora de salários em decorrência de dívida originada de "contrato de adesão de empréstimo simples", firmado entre a parte executante/agravante e a parte ora recorrida.

2 -A circunstância de o executado cuidar-se de servidor público não determina que o presente feito seja examinado pela Primeira Seção, pois o precedente firmado pela Corte Especial, no julgamento da Questão de Or-

dem no EREsp 1.163.337/RS, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe de 12/08/2014, estabeleceu a competência das Turmas que integram a Seção de Direito Público para o julgamento de "recursos referentes a limite percentual de desconto em pagamento de empréstimo consignado feito por servidor público, com débito em conta-corrente e desconto na folha de pagamento", hipótese não versada nos presentes autos.

3 -A leitura mais restritiva do aludido precedente mostra-se consentânea com a regra prevista no artigo 9º, § 2º, II, que dispõe competir à Segunda Seção processar e julgar os feitos relativos a "obrigações em geral de direito privado mesmo quando o Estado participar do Contrato", dispositivo que torna despcienda a discussão sobre a natureza jurídica da parte ora recorrente (Fundação Habitacional do Exército -FHE). Noutro giro, não se revela adequado elastecer o alcance da questão de ordem submetida à Corte Especial, sob pena de restar desprestigiado o critério da especialização adotado pelo artigo 8º do RISTJ.

4 -Questão de ordem acolhida para determinar a redistribuição do feito a um dos Ministro integrantes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

(QO no AREsp 1168380/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 20/03/2018)

Reafirma-se, nesses termos, a competência desta Segunda Seção para conhecer e julgar a matéria posta, a qual, ante a multiplicidade de casos que aportam nesta Corte de Justiça e a existência de entendimento pacificado por este órgão ampliado, enseja a fixação de correlata tese jurídica, a fim de uniformizar a jurisprudência nacional, em obséquio à segurança jurídica e à isonomia.

2. Mérito.

Sobre a questão de fundo, pontua-se, desde logo, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça perfilha o **posicionamento de que não se aplica a limitação prevista na Lei n. 10.820/2003 (art. 1º, § 1º), para os contratos de empréstimos bancários livremente pactuados, nos quais haja previsão de desconto em conta-corrente, ainda que usada para o recebimento de salário.**

A essa conclusão mostra-se relevante, de plano, bem delinear as características, a finalidade e o modo pelo qual se operacionaliza o contrato de empréstimo consignado, disciplinado pela Lei n. 10.820/2003, a fim de bem evidenciar a absoluta incompatibilidade deste com os empréstimos bancários comuns, nos quais haja a previsão, como forma de pagamento ajustada, de autorização de desconto em conta-corrente, o que, por si,

obsta a utilização da analogia pelo intérprete.

A Lei n. 10.820/2003, em seu art. 1º, estabelece que os empregados, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), poderão autorizar, **de forma irrevogável e irretratável**, o desconto em folha de pagamento, a fim de viabilizar a quitação dos empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil, concedidos pelas instituições financeiras.

Determina a lei de regência que o desconto consignado em folha não pode exceder o limite de 35% (trinta e cinco por cento) da remuneração - de acordo com a redação dada pela Lei n. 14.131/2021 -, sendo 5% destinados, exclusivamente, para a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou para saques por meio de cartão de crédito.

Preceitua a lei em comento, ainda, que os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão, do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a proceder aos descontos, também de forma irrevogável e irretratável.

Nas operações de empréstimo consignado, a Lei n. 10.820/2003 também faculta que o trabalhador regido pela CLT dê em garantia, de forma

irretratável e irrevogável, até 10% do saldo de sua conta vinculada no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); e até 100% do valor da multa paga pelo empregador, em caso de despedida sem justa causa ou despedida por culpa recíproca ou força maior.

Pela pertinência, reproduz-se o art. 1º da Lei 10.820/2003, que disciplinou, de modo específico, o empréstimo consignado em folha de pagamento (sem grifo no original):

Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, **poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento ou na sua remuneração disponível dos valores referentes ao pagamento de empréstimos**, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. (Redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015)

§ 1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até

o limite de 35% (trinta e cinco por cento), sendo 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente para:

I - a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito (Redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015); **ou**

II - a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito. (Redação dada pela Lei nº 13.172, de 2015)

§ 2º O regulamento disporá sobre os limites de valor do empréstimo, da prestação consignável para os fins do caput e do comprometimento das verbas rescisórias para os fins do § 1º deste artigo.

§ 3º Os empregados de que trata o caput poderão solicitar o bloqueio, a qualquer tempo, de novos descontos.

§ 4º O disposto no § 3º não se aplica aos descontos autorizados em data anterior à da solicitação do bloqueio.

§ 5º Nas operações de crédito consignado de que trata este artigo, o empregado poderá oferecer em garantia, de forma irrevogável e irretratável: I - até 10% (dez por cento) do saldo de sua conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

II - até 100% (cem por cento) do valor da multa paga pelo empregador, em caso de despedida sem justa causa ou de despedida por culpa recíproca ou força maior, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 6º A garantia de que trata o § 5º só poderá ser acionada na

ocorrência de despedida sem justa causa, inclusive a indireta, ou de despedida por culpa recíproca ou força maior, não se aplicando, em relação à referida garantia, o disposto no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 7º O Conselho Curador do FGTS poderá definir o número máximo de parcelas e a taxa máxima mensal de juros a ser cobrada pelas instituições consignatárias nas operações de crédito consignado de que trata este artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.313, de 2016)

§ 8º Cabe ao agente operador do FGTS definir os procedimentos operacionais necessários à execução do disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo, nos termos do inciso II do caput do art. 7º da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. (Redação dada pela Lei nº 13.313, de 2016)

O empréstimo consignado apresenta-se, nesses termos, como uma das modalidades de empréstimo com menores riscos de inadimplência para a instituição financeira mutuante, na medida em que o desconto das parcelas do mútuo dá-se diretamente na folha de pagamento do trabalhador regido pela CLT, do servidor público ou do segurado do RGPS (Regime Geral de Previdência Social), **sem nenhuma ingerência por parte do mutuário/correntista**, o que, por outro lado, em razão justamente da robustez dessa ga-

rantia, reverte em taxas de juros significativamente menores em seu favor, se comparado com outros empréstimos.

Uma vez ajustado o empréstimo consignado em folha de pagamento, não é dado ao mutuário, **por expressa disposição legal**, revogar a autorização concedida para que os descontos afetos ao mútuo ocorram diretamente em sua folha de pagamento, a fim de modificar a forma de pagamento ajustada.

Nessa modalidade de empréstimo - que, a um só tempo, propicia ao fornecedor do crédito, sólida garantia contra a inadimplência; e ao mutuário, acesso a crédito por taxas de juros substancialmente menores das praticadas no mercado para outros empréstimos sem similar garantia -, a parte da remuneração do trabalhador comprometida à quitação do empréstimo tomado não chega nem sequer a ingressar em sua conta-corrente, não tendo sobre ela nenhuma disposição.

Sob o influxo da autonomia da vontade, ao contratar o empréstimo consignado, o mutuário não possui nenhum instrumento hábil para impedir a dedução da parcela do empréstimo a ser descontada diretamente de sua remuneração, em procedimento que envolve apenas a fonte paga-

dora e a instituição financeira. Inclusive, a informação sobre a existência de margem consignável, ao ensejo da contratação, é responsabilidade da fonte pagadora.

É justamente em virtude do modo como o empréstimo consignado é operacionalizado que a lei estabeleceu um limite, um percentual sobre o qual o desconto consignado em folha não pode exceder.

Revela-se claro o escopo da lei de, com tal providência, impedir que o tomador de empréstimo, que pretenda ter acesso a um crédito relativamente mais barato na modalidade consignado, acabe por comprometer sua remuneração como um todo, **não tendo sobre ela nenhum acesso e disposição, a inviabilizar**, por consequência, sua subsistência e de sua família.

Assegura-se, dessa maneira, que o mutuário de empréstimo consignado tenha acesso a expressiva parte de sua remuneração (2/3, aproximadamente), para dela dispor como bem entender.

Assim delimitada a razão pela qual a lei estabelece, no empréstimo consignado, um limite para o desconto em folha de pagamento do trabalhador celetista, do servidor público ou do segurado do RGPS, já se pode antever que essa motivação não se encontra presente em outras espé-

cies de contrato de mútuo bancário, notadamente naqueles em que há expressa autorização de desconto por meio de débito em conta bancária como forma de pagamento.

Efetivamente, a especificidade do empréstimo consignado, com disciplina legal própria, não comporta a transposição de seus regramentos, sobretudo quanto ao percentual de limitação do desconto consignado, a outras modalidades de empréstimos, com autorização de débito em conta-corrente.

Veja-se que, nas demais espécies de mútuo bancário, o estabelecimento (eventual) de cláusula que autoriza o desconto de prestações em conta-corrente, como forma de pagamento, consubstancia uma faculdade dada às partes contratantes, como expressão de sua vontade, destinada a facilitar a operacionalização do empréstimo tomado, sendo, pois, passível de revogação a qualquer tempo pelo mutuário.

Nesses empréstimos, o desconto automático que incide sobre numerário existente em conta-corrente, devida e previamente autorizado pelo mutuário, como corolário da autonomia de vontade dos contratantes, decorre da própria obrigação assumida pela instituição financeira no bojo

do contrato de conta-corrente de administração de caixa, procedendo, **sob as ordens do correntista**, aos pagamentos de débitos por ele determinados, desde que verificada a provisão de fundos a esse propósito.

Observe-se que, por meio do contrato de conta-corrente, a instituição financeira "mantém para o cliente um serviço de caixa, comprometendo-se à prática dos atos e negócios jurídicos solicitados [pelo correntista] em troca da manutenção de provisão de fundos" (Fazzio Júnior, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 21 Edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 459)

Conforme bem pontua o Professor Fábio Ulhoa Coelho (sem grifo no original):

A conta-corrente é o contrato pelo qual o banco se obriga a receber valores monetários entregues pelo correntista ou por terceiros e proceder a pagamentos por ordem do mesmo correntista, utilizando-se desses recursos. Guarda semelhança com o depósito bancário, por que o banco tem a obrigação de restituir os recursos os recursos mantidos em conta-corrente ao correntista imediatamente após a ordem deste. Mas **é contrato de função econômica mais ampla, porque, por meio dele, o banco presta serviço de administração de caixa para o correntista. [...] É contrato**

consensual; ou seja, aperfeiçoa-se mesmo antes de o correntista entregar qualquer dinheiro ao banco, ficando a conta a ser dotada, por exemplo, por recursos entregues ao banco por devedores do correntista, em pagamento a crédito deste (Coelho, Fábio Ulhoa. *Novo Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 32ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 413).

O débito atinente ao empréstimo, que incide sobre numerário existente na conta-corrente, não refoge dessa lógica. A instituição financeira assim procede em atenção justamente à deliberação anterior do correntista, no cumprimento de sua obrigação contratual.

Registre-se, inclusive, não se afigurar possível - consideradas as características intrínsecas do contrato de conta-corrente - à instituição financeira, no desempenho de sua obrigação contratual de administrador de caixa, individualizar a origem dos inúmeros lançamentos que ingressam na conta-corrente e, uma vez ali integrado, apartá-los, para então sopesar a conveniência de se proceder ou não a determinado pagamento, de antemão ordenado pelo correntista.

Sobre a irrevogabilidade e a indivisibilidade dos lança-

mentos que ingressam na conta-corrente, reporto-me aos fundamentos expendidos no judicioso voto do Ministro Luis Felipe Salomão, proferido no julgamento do REsp n. 1.555.722/SP por esta Segunda Seção, que, com esteio em autorizada doutrina, assentou:

É dizer, cuida-se de operação passiva, mediante a qual a instituição financeira, na qualidade de responsável/administradora, tem o dever de promover lançamentos. Extinto o contrato, procede-se ao encerramento da conta com o consequente balanço final, para que se apure o saldo.

Com efeito, **consoante o uníssono escólio da abalizada doutrina, a principal característica do contrato de conta-corrente é, a um só tempo, a irrevogabilidade e a indivisibilidade desses lançamentos, que passam a compor uma massa homogênea autônoma de créditos e débitos, que, por dever contratual, vai sendo automaticamente liquidada pela instituição financeira administradora da conta.**

Por todos, mencionam-se as lições de Fran Martins e César Fiuza:

De tudo isso se conclui que, enquanto perdurar o contrato de conta corrente, há indivisibilidade e unidade das remessas, constituindo elas uma massa homogênea de créditos e débitos.

[...]

Chamam-se remessas os valores enviados por um correntista a outro, a fim de serem creditados na conta.

[...]

Característica essencial da remessa é sua irrevogabilidade. Isso significa que, lançado o crédito resultante da remessa na conta corrente, perde este a sua qualidade e os seus efeitos, deixando de ser exigível por parte do remetente. Alimentando a conta, como uma parcela desta, o crédito resultante da remessa se integra num todo, passando a constituir uma massa que tem vida própria e se caracteriza pela indivisibilidade.

[...]

Donde se conclui que as remessas sendo irrevogáveis tornam a massa indivisível, sendo a irrevogabilidade das remessas e a indivisibilidade da massa os pontos dominantes do contrato de conta corrente. (MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 402-403)

De qualquer forma, toda remessa deverá ter um valor em dinheiro, para que se possa efetuar o balanço final.

[...]

-atípico, por não estar regulada em nenhuma lei específica, embora seja mencio-

nada em vários dispositivos legais;

[...]

-bilateral, porque gera direitos e deveres para ambas as partes;

- oneroso, pois gera prestação e contraprestação;

-aleatório, uma vez que o saldo final não pode ser definido antecipadamente;

[...]

A principal característica das remessas é a irrevogabilidade. Uma vez lançada na conta, a remessa se torna parte dela, integrando-se a um todo indivisível. Vale dizer que as remessas lançadas perdem sua qualidade e seus efeitos, deixando de ser exigíveis individualmente.

[...]

Posto isso, temos que a conta é um todo indivisível, suas remessas não têm individualidade própria, compondo uma massa a ser liquidada.

[...]

As remessas tampouco geram novação. Cada crédito lançado na conta não substitui obrigações antigas por novas.

[...]

Extingue-se o contrato pela morte ou incapacidade de umas das partes, pelo decurso do prazo, pelo distrato bilateral, pelo distrato unilateral, se o contrato for por prazo indeterminado e, ainda, pela falência ou insolvência civil de um dos correntistas. (FIUZA, César. Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 467-470)

Dessarte, incumbe ao banco, por dever contratual, prestar serviço de caixa, realizando operações de ingresso e egresos próprias da conta-corrente que administram automaticamente [no caso, como é cediço, são efetuados por software], não cabendo, evidentemente, sob pena de inviabilização econômica da própria operação e transmutação do contrato de conta-corrente para modalidade contratual e diversa de depósito, buscar, aprioristicamente no caso, de um lado, saber a origem de lançamentos efetuados por terceiros para, de outro lado, analisar a conveniência de efetuar operação a que está obrigado contratualmente, referente a lançamentos de débitos variados, autorizados e/ou determinados pelo correntista.

Bem de ver, assim, que o ajuste quanto à forma de pagamento inserto no contrato de mútuo bancário comum, no qual se estabelece o desconto automático em conta-corrente, não decorre de imposição legal (como se dá com o desconto consignado em folha de pagamento), mas sim da livre manifestação de vontade das partes contratantes, passível, inclusive, de revogação, a qualquer tempo, pelo correntista/mutuário.

O desconto operado pela instituição financeira sobre o numerário existente na conta-corrente - **em relação ao qual o recorrente possui livre dis-**

posição -, consubstancia procedimento absolutamente lícito, não se confundindo, como retoricamente se argumenta, com uma indevida retenção ou expropriação de patrimônio alheio ou com uma espúria constrição realizada por particular sobre o salário depositado na conta-corrente.

Não se trata de indevida retenção de patrimônio alheio, na medida em que o desconto é precedido de expressa autorização do titular da conta-corrente, como manifestação de sua vontade, por ocasião da celebração do contrato de mútuo.

Tampouco é possível equiparar o desconto em conta-corrente a uma dita constrição de salários, realizada por instituição financeira que, por evidente, não ostenta poder de império para tanto. Afinal, diante das características do contrato de conta-corrente já delineadas, o desconto, devidamente avençado e autorizado pelo mutuário, **não incide, propriamente, sobre a remuneração ali creditada, mas sim sobre o numerário existente, sobre o qual não se tece nenhuma individualização ou divisão.**

Não se olvida ser comum a esse tipo de ajuste que o mutuário eleja a data em que normalmente recebe sua remuneração, como o dia do

vencimento da prestação do empréstimo tomado, justamente para fazer frente a sua quitação, o que, entre outras vantagens, evita a incidência de juros moratórios, correção monetária e outros encargos da mora. Inclusive, dos regramentos legais expedidos pelo Banco Central do Brasil, que serão oportunamente indicados no decorrer deste voto, esse ajuste (de desconto em conta-corrente), que facilita substancialmente a operacionalização do empréstimo, reverte-se em taxas de juros mais interessantes ao mutuário (não, naturalmente, nos patamares do empréstimo consignado), tanto que sua revogação importa, a partir de então, na majoração dos juros inicialmente ajustados (ut art. 14 da Resolução Bacen n. 4.790/2020).

A eventual coincidência de datas (do desconto e do recebimento da remuneração) não muda o fato inquestionável de que o desconto dá-se sobre o numerário existente na conta-corrente, e não sobre a remuneração a ser ali creditada.

A ilustrar essa realidade, apenas para formar o raciocínio, o mutuário poderia, em tese - sem prejuízo de todas as consequências e responsabilidades contratuais que esta conduta desleal ensejaria - abrir uma conta-corrente em

outra instituição financeira, para, doravante, receber sua remuneração, com o espúrio propósito de frustrar o pagamento das parcelas do empréstimo.

A hipótese cogitada, em se confirmando a ausência de fundos suficientes para fazer frente à parcela do mútuo, traria naturalmente sérios gravames ao mutuário advindos de sua inadimplência contratual, mas serve para demonstrar que a instituição financeira não se apropria da remuneração do mutuário, como se alega inadvertidamente em tais casos.

No ponto, o Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores, em seu arrazoadado, argumenta que, no caso de funcionário público, não se poderia falar em autonomia de vontade, pois ao mutuário não seria dado escolher o banco por meio do qual recebe sua remuneração (o que teria ensejado, em sua compreensão, indevidamente, o cancelamento do enunciado n. 603 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e uma suposta mudança de entendimento desta Corte de Justiça - esse ponto, será oportunamente enfrentado).

Permissa venia, o argumento é retórico, pois ao mutuário, independentemente de

sua qualidade de funcionário público ou não, é dado uma faculdade ainda maior, também com esteio na autonomia de vontade, de simplesmente revogar, a qualquer tempo, o ajuste afeto ao desconto em conta-corrente de **mútuo comum**, assumindo, naturalmente, as consequências contratuais daí advindas, a corroborar a conclusão de que o banco mutuante não tem, propriamente, nenhuma ingerência sobre a remuneração do mutuário. Limita-se, como visto, a proceder aos pagamentos, segundo as ordens do titular da conta-corrente, a partir do numerário ali existente.

Ademais, é incumbência do correntista, indiscutivelmente, manter provisão de fundos para que a instituição financeira, como administradora de caixa que é, promova os pagamentos por ele determinados, no que se insere o mútuo em comento.

Ressai de todo evidenciado, assim, que o mutuário tem em seu poder muitos mecanismos para evitar que a instituição financeira realize os descontos contratados, possuindo livre acesso e disposição sobre todo o numerário constante de sua conta-corrente.

Não se encontra presente nos empréstimos comuns, com desconto em conta-corrente, o fator de discriminação que

justifica, no empréstimo consignado em folha de pagamento, a limitação do desconto na margem consignável estabelecida na lei de regência, o que impossibilita a utilização da analogia, com a transposição de seus regramentos àqueles.

A essa conclusão, oportunas as considerações feitas pelo Ministro Antônio Carlos Ferreira, por ocasião do julgamento do REsp 1.586.910/SP pela Quarta Turma, sobre a aplicação analógica vindicada, que assim ponderou:

Com efeito, por meio das informações extraídas das alegações das partes e das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, tem-se por incontroverso que se trata de empréstimo pessoal no qual foi autorizado, apenas, o débito das correspondentes prestações na conta bancária do recorrente.

Essa distinção é importante para que, uma vez compreendido o espírito que motivou a previsão de limites para o valor do empréstimo e da prestação nas hipóteses do chamado "crédito consignado", seja possível demonstrar que não se afigura razoável aplicá-los em todas e quaisquer espécies de contratos de mútuo com pagamento em parcelas, com ou sem desconto por meio de débito em conta bancária do devedor.

Isso porque, no crédito concedido mediante autorização para desconto em folha de pagamento ("crédito consignado"), o devedor não tem qualquer mecanismo para evitar a dedução da parcela, que é debitada diretamente de seus vencimentos, em procedimento que envolve o próprio empregador.

Nessa modalidade de pagamento, se acaso o devedor deparar-se com eventual adversidade premente e imprevisível, da qual resulte a necessidade de fazer uso da totalidade de seus vencimentos, não terá acesso aos recursos.

Em outras palavras, não poderá optar por - evidentemente assumindo os ônus de seus atos - deixar de honrar a obrigação contratada, ainda que com isso incorra em situação de inadimplência.

Evidentemente, não se está aqui a placitar o deliberado descumprimento contratual. Entretanto, é consabido que podem ocorrer situações nas quais ao devedor não resta alternativa senão selecionar parte de suas obrigações para cumprimento, deixando de adimplir com as demais.

No caso do empréstimo consignado, todavia, essa possibilidade não está ao alcance do mutuário. Trata-se de circunstância que, em meu sentir, justifica a restrição legal dos valores do crédito concedido e da prestação consignada, que hoje não pode ultrapassar o equiva-

lente a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do devedor.

A limitação prevista na Lei n. 10.820/2003, portanto, somente se justifica nas hipóteses que ela expressamente delimita (art. 1º), não se podendo afastar da máxima segundo a qual a lei não contém palavras inúteis ou desnecessárias. A aplicação da analogia, na espécie, importa em restrição do direito do credor, sendo certo que "em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Nota n. 246, pág. 174).

Essa restrição, todavia, não se faz necessária, nem mesmo razoável, para outras espécies de contratação, nas quais deve, em princípio, vigorar o princípio da autonomia privada, com cada um dos contratantes avaliando, por si, suas necessidades e possibilidades, bem assim os riscos do negócio que objetiva formalizar

A ementa do julgado, que bem sintetiza os fundamentos então prevalecentes no âmbito da Quarta Turma, ficou assim conformada (sem grifo no original):

RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÕES DE MÚTUO FIRMADO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCONTO EM CONTA-

CORRENTE E DESCONTO EM FOLHA. HIPÓTESES DISTINTAS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA LIMITAÇÃO LEGAL AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO AO MERO DESCONTO EM CONTA-CORRENTE, SUPERVENIENTE AO RECEBIMENTO DA REMUNERAÇÃO. INVIABILIDADE. DIRIGISMO CONTRATUAL, SEM SUPEDÂNEO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A regra legal que fixa a limitação do desconto em folha é salutar, possibilitando ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao financiador. O legislador ordinário concretiza, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois, com razoabilidade, limitam-se os descontos compulsórios que incidirão sobre verba alimentar, sem menosprezar a autonomia privada.

2. O contrato de conta-corrente é modalidade absorvida pela prática bancária, que traz praticidade e simplificação contábil, da qual dependem várias outras prestações do banco e mesmo o cumprimento de pagamento de obrigações contratuais diversas para com terceiros, que têm, nessa relação contratual, o meio de sua viabilização. A instituição financeira assume o papel de administradora dos recursos do cliente, registrando lançamentos de créditos e débitos conforme os recursos depositados, sacados ou transferidos de outra conta, pelo próprio correntista ou por terceiros.

3. Como característica do contrato, por questão de praticidade, segurança e pelo desuso, a cada dia mais acentuado, do pagamento de despesas em dinheiro, costumeiramente o consumidor centraliza, na conta-corrente, suas despesas pessoais, como, v.g., luz, água, telefone, tv a cabo, cartão de crédito, cheques, boletos variados e demais despesas com débito automático em conta.

4. Consta, na própria petição inicial, que a adesão ao contrato de conta-corrente, em que o autor percebe sua remuneração, foi espontânea, e que os descontos das parcelas da prestação -conjuntamente com prestações de outras obrigações firmadas com terceiros - têm expressa previsão contratual e ocorrem posteriormente ao recebimento de seus proventos, não caracterizando consignação em folha de pagamento.

5. Não há supedâneo legal e razoabilidade na adoção da mesma limitação, referente a empréstimo para desconto em folha, para a prestação do mútuo firmado com a instituição financeira administradora da conta-corrente. Com efeito, no âmbito do direito comparado, não se extrai nenhuma experiência similar -os exemplos das legislações estrangeiras, costumeiramente invocados, buscam, por vezes, com medidas extrajudiciais, solução para o superendividamento ou sobreendividamento que, isonomicamente, envolvem todos os credores, propiciando, a

médio ou longo prazo, a quitação do débito.

6. A míngua de novas disposições legais específicas, há procedimento, já previsto no ordenamento jurídico, para casos de superendividamento ou sobreendividamento -do qual podem lançar mão os próprios devedores -, que é o da insolvência civil.

7. A solução concebida pelas instâncias ordinárias, em vez de solucionar o superendividamento, opera no sentido oposto, tendo o condão de eternizar a obrigação, visto que leva à amortização negativa do débito, resultando em aumento mês a mês do saldo devedor. Ademais, uma vinculação perene do devedor à obrigação, como a que conduz as decisões das instâncias ordinárias, não se compadece com o sistema do direito obrigacional, que tende a ter termo.

8. O art. 6º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro confere proteção ao ato jurídico perfeito, e, consoante os arts. 313 e 314 do CC, o credor não pode ser obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

9. A limitação imposta pela decisão recorrida é de difícil operacionalização, e resultaria, no comércio bancário e nas vendas a prazo, em encarecimento ou até mesmo restrição do crédito, sobretudo para aqueles que não conseguem comprovar a renda.

10. Recurso especial do réu provido, julgado prejudicado o do autor. (REsp 1586910/SP,

Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/08/2017, DJe 03/10/2017)

Refoge, pois, da atribuição jurisdicional, com indevida afronta ao Princípio da Separação do Poderes, promover a aplicação analógica de lei à hipótese que não guarda nenhuma semelhança com a relação contratual legalmente disciplinada.

É relevante deixar assente, ainda, que a cláusula contratual que estabelece o desconto em conta-corrente, como forma de pagamento de empréstimo comum, afigura-se absolutamente lícita, de toda consentânea com os regramentos expedidos pelo Conselho Monetário Nacional, bem como pelo Banco Central do Brasil.

Destaca-se, no ponto, que a Lei n. 4.595/1964, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar e regente do Sistema Financeiro Nacional, atribui ao Conselho Monetário Nacional competência exclusiva para disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas (art. 4º, VI). E, no exercício dessa competência, o Conselho Monetário Nacional, por meio da edição de Resoluções do Banco Central do Brasil que se seguiram, destinadas a

regulamentar a atividade bancária, expressamente possibilitou o estabelecimento de desconto em conta-corrente, como forma de pagamento de empréstimo comum, afigurando-se, pois, absolutamente lícita.

A esse propósito, registre-se que a Resolução do Bacen n. 3.695, de 26/3/2009 já preceituava que a realização de débitos em conta-corrente haveria de ser condicionada à prévia autorização do cliente, o que foi aprimorada pela Resolução n. 4.480 de 25/4/2016, estabelecendo, para tanto, os critérios a serem observados pelas instituições financeiras, nos termos abaixo reproduzidos:

Art. 1º Esta resolução dispõe sobre procedimentos relativos à movimentação e à manutenção de contas de depósitos, sem prejuízo das disposições constantes da regulamentação aplicável à matéria.

[...]

Art. 3º É vedada às instituições financeiras a realização de débitos em contas de depósitos e em contas de pagamento sem prévia autorização do cliente. (Redação do caput dada pela Resolução Nº 4480 DE 25/04/2016).

§ 1º A autorização referida no caput deve ser fornecida por escrito ou por meio eletrônico, com estipulação de prazo de validade, que poderá ser indeterminado, admitida a sua previsão no próprio instrumen-

to contratual de abertura da conta de depósitos.

§ 2º O cancelamento da autorização referida no caput deve surtir efeito a partir da data definida pelo cliente ou, na sua falta, a partir da data do recebimento pela instituição financeira do pedido pertinente.

Art. 4º Ficam as instituições financeiras obrigadas a acatar as solicitações de cancelamento da autorização de débitos automáticos em conta de depósitos à vista, apresentadas pelos clientes desde que não decorram de obrigações referentes a operações de crédito contratadas com a própria instituição financeira.

Com o desiderato de aprimorar a regulação a respeito da forma de pagamento em comento, a fim de assegurar a liberdade de escolha do titular da conta quanto ao uso dessa ferramenta, o Bacen editou a Resolução n. 4.790, de 26/3/2020, que dispõe "sobre procedimentos para autorização e cancelamento de autorização de débitos em conta de depósitos e em conta-salário", nos seguintes moldes, no que importa à presente discussão:

Art. 1º Esta Resolução estabelece procedimentos para autorização e cancelamento de autorização de débitos em conta de depósitos e em conta de registro de que trata a Resolução nº 3.402, de 6 de setembro de 2006 (conta-salário).

[...]

Art. 3º A realização de débitos nas contas mencionadas no art. 1º depende de prévia autorização do seu titular.

§ 1º A autorização de débitos em conta pode ser formalizada na instituição depositária ou por meio da instituição destinatária.

§ 2º A autorização referida no caput deve:

I - ter finalidade específica;

II - discriminar a conta a ser debitada;

III - ser fornecida por escrito ou por meio eletrônico; e

IV - estipular o prazo, que poderá ser indeterminado.

§ 3º A autorização referida no caput pode especificar datas para a realização de débitos.

§ 4º Admite-se, quando se tratar de autorização de débitos formalizada pelo cliente na instituição depositária, a discriminação de mais de uma conta para a realização de débitos, respeitada a ordem de precedência definida pelo titular.

[...]

Art. 14. Fica facultada, em contratos de operação de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, a inclusão de cláusula que preveja:

I - redutor incidente sobre a taxa de juros remuneratórios estipulada, na hipótese de o titular autorizar o pagamento das obrigações contratuais por meio de débito em conta; e

II - exclusão do redutor de que trata o inciso I, na hipótese de cancelamento da autorização de débitos, por iniciativa do titular, sem a correspondente indicação de outra autorização que a substitua.

Parágrafo único. No caso de previsão da cláusula contratual de que trata este artigo, os contratos de operações de crédito ou de arrendamento mercantil financeiro deverão informar as taxas de juros remuneratórios e o Custo Efetivo Total (CET) aplicáveis em cada uma das hipóteses previstas nos incisos I e II do caput.

Não se pode conceber, sob qualquer ângulo que se analise a questão, que a estipulação contratual de desconto em conta-corrente, como forma de pagamento em empréstimos bancários comuns, a atender aos interesses e à conveniência das partes contratantes, sob o signo da autonomia da vontade e em absoluta consonância com as diretrizes regulamentares expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, possa, ao mesmo tempo, vilipendiar direito do titular da conta-corrente, o qual detém a faculdade de revogar o ajuste ao seu alvedrio, assumindo, naturalmente, as consequências contratuais de sua opção.

Reconhecida, nesses termos, a licitude da cláusula contratual em comento, mostra-se de suma relevância registrar, ainda, que a pretendida limitação dos descontos em conta-corrente, por aplicação analógica da Lei n. 10.820/2003, tampouco se revestiria de instrumento idô-

neo à combater o endividamento exacerbado, com vistas à preservação do mínimo existencial do mutuário.

Essa pretensão, além de subverter todo o sistema legal das obrigações - afinal, tal providência, a um só tempo, teria o condão de modificar os termos ajustados, impondo-se ao credor o recebimento de prestação diversa, em prazo distinto daquele efetivamente contratado, com indevido afastamento dos efeitos da mora, de modo a eternizar o cumprimento da obrigação, num descabido dirigismo contratual -, não se mostraria eficaz, sob o prisma geral da economia, tampouco sob o enfoque individual do mutuário, ao controle do superendividamento.

Tal proceder, sem nenhum respaldo legal, importaria numa infundável amortização negativa do débito, com o aumento mensal e exponencial do saldo devedor, sem que haja a devida conscientização do devedor a respeito do dito "crédito responsável", o qual, sob a vertente do mutuário, consiste na não assunção de compromisso acima de sua capacidade financeira, sem que haja o comprometimento de seu mínimo existencial. Além disso, a generalização da medida - sem conferir ao credor a possibilidade de renegociar o débito, encontrando-se au-

sente uma política pública séria de "crédito responsável", em que as instituições financeiras, por outro lado, também não estimulem o endividamento imprudente - redundaria na restrição e no encarecimento do crédito, como efeito colateral.

Ressai claro que a prevenção e o combate ao superendividamento, com vistas à preservação do mínimo existencial do mutuário, não se dão por meio de uma indevida intervenção judicial nos contratos, em substituição ao legislador.

A esse relevante propósito, sobreveio - na seara adequada, portanto - a Lei n. 14.181/2021, que alterou disposições do Código de Defesa do Consumidor, para "aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

Por meio da Lei n. 14.181/2021, inseriu-se na Política Nacional de Relação de Consumo, no que importa à controversia, o fomento de ações à educação financeira do consumidor, bem como a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor natural.

Além da inclusão de inúmeras práticas abusivas, relacionadas à oferta de crédito e ao

correlato dever de informação por parte do fornecedor, cujo descumprimento poderão ensejar uma série de sanções (como a redução de juros e encargos da dívida, dilação de prazo de pagamento, mediante decisão judicial, sem prejuízo de outras), estabeleceu-se, no que tocante à preservação do mínimo existencial do consumidor/mutuário, o tratamento concreto do superendividamento, com a repactuação de dívidas (que englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada), por intermédio de conciliação entre o superendividado e seus credores, ou caso infrutífera, com o procedimento de revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório (de modo a assegurar, no mínimo, o valor principal da dívida, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, com o pagamento da primeira parcela em no máximo 180 dias e a quitação em até 5 anos - ut art. 104-B, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, com redação dada pela Lei n. 14.181/2021).

Não houve por parte da Lei n. 14.181/2021, como se pode-

ria supor - já que todo conso-nante com o ordenamento jurídico - nenhuma alusão ao desconto em conta-corrente, em empréstimos bancários comuns.

Aliás, especificamente em relação aos empréstimos consignados em folha de pagamento, o Projeto que deu origem à Lei n. 14.181/2021 chegou a dispor que "a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal, assim definida em legislação especial, podendo o limite ser acrescido em 5% (cinco por cento) destinadas exclusivamente à amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou a saque por meio de cartão de crédito".

A proposição legislativa, que conferia a redação acima reproduzida ao art. 54-E do CDC, foi, todavia, objeto de veto pelo Presidente da República, fazendo remanescer o percentual estabelecido pela no § 1º do 1º da Lei n. 10.820/2003, com a redação dada pela Lei n. 13.172/2015, reproduzido no início do presente voto.

Na oportunidade, transcrevem-se as razões do veto, nestes termos (sem grifo no original):

A propositura legislativa estabelecer que, nos contratos em que o modo de pagamento da

dívida envolvessem autorização prévia do consumidor pessoa natural para consignação em folha de pagamento, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderia ser superior a trinta por cento de sua remuneração mensal, assim definida em legislação especial. O referido, poderia ainda ser acrescido em cinco por cento, destinados exclusivamente à amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou a saque por meio de cartão de crédito. O descumprimento do disposto no referido artigo daria causa imediata à revisão do contrato ou à sua renegociação. Além disso, o consumidor poderia desistir da contratação de crédito no prazo de sete dias, contado da data da celebração ou do recebimento de cópia do contrato, mediante disponibilização de formulário de fácil preenchimento pelo consumidor, em meio físico ou eletrônico, anexo ao contrato. Por fim, não seria devida pelo fornecedor a devolução de eventuais tarifas pagas pelo consumidor em razão dos serviços prestados. Entretanto, apesar da boa intenção do legislador, a propositura contrariaria interesse público ao restringir de forma geral a trinta por cento o limite da margem de crédito já anteriormente definida pela Lei nº 14.131, de 30 de março de 2021, que estabeleceu o percentual máximo de consignação em quarenta por cento, dos quais cinco por cen-

to seriam destinados exclusivamente para amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou de utilização com finalidade de saque por meio do cartão de crédito, para até 31 de dezembro de 2021, nas hipóteses previstas no inciso VI do caput do art. 115 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, no § 1º do art. 1º e no § 5º do art. 6º da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, e no § 2º do art. 45 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem como em outras leis que vierem a sucedê-las no tratamento da matéria, trazendo instabilidade para as operações contratadas no período de vigência das duas legislações.

Mister destacar que o crédito consignado é uma das modalidades mais baratas e acessíveis, só tendo taxas médias mais altas que o crédito imobiliário, conforme dados do Banco Central do Brasil. Assim, a restrição generalizada do limite de margem do crédito consignado reduziria a capacidade de o beneficiário acessar modalidade de crédito, cujas taxas de juros são, devido à robustez da garantia, inferiores a outras modalidades. A restrição acabaria, assim, por forçar o consumidor a assumir dívidas mais custosas e de maior dificuldade de pagamento.

Ademais, em qualquer negócio que envolva a consignação em folha de pagamento, seja no âmbito das relações trabalhistas ou fora delas a infor-

mação sobre a existência de margem consignável é da fonte pagadora. Diante disso, a realização de empréstimos em desacordo com o disposto no caput do art. 54-E poderia ocorrer por culpa exclusiva de terceiro, no caso a pessoa jurídica responsável pelo pagamento dos vencimentos do consumidor.

Seja como for, o dispositivo legal não teria nenhuma repercussão ao caso dos autos.

Como adiantado, o entendimento que ora se adota encontra ressonância na uníssona jurisprudência formada no âmbito das Turmas de Direito Privado do STJ, devida e oportunamente ratificado por esta Segunda Seção por ocasião do julgamento do REsp 1.555.722/SP (no qual ensejou, inclusive o cancelamento da Súmula n. 603/STJ), segundo o qual é absolutamente lícito o desconto em conta-corrente bancária comum, ainda que usada para recebimento de salário, das prestações de contrato de empréstimo bancário livremente pactuado, não se aplicando, por analogia, a limitação contida na Lei n. 10.820/2003.

Diversamente do que aduz o Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores, o cancela-

mento da Súmula n. 603/STJ não promoveu uma mudança de entendimento no âmbito desta Corte de Justiça.

Ao contrário, restou registrado, por ocasião do aludido julgamento, que o teor do enunciado referia-se ao exercício abusivo de autotutela do banco administrador da conta-corrente de promover a retenção de valores (que não aqueles autorizados para desconto das parcelas do mútuo), para o cálculo da dívida remanescente, com amortizações feitas unilateralmente após a revogação da autorização, o que está em harmonia com a jurisprudência do STJ, bem como "com o estabelecido no supramencionado art. 3º, parágrafos, da Resolução do CMN n. 3.695/2009, que estabelece que o banco não pode reter (sponte propria, isto é, sem a prévia ou atual anuência do cliente) valores para pagamento do débito, e que os descontos do crédito de mútuo só poderão perdurar enquanto for mantida a permissão por parte do correntista".

A despeito da correção do enunciado sumular, o seu cancelamento operou-se por uma questão de conveniência, pois a sua interpretação, sobretudo a conferida por alguns Tribunais de Justiça estaduais, estava desbordando da jurisprudência efetivamente perfilhada por esta Corte de Justiça.

É o que, claramente, se verifica do teor do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, que bem expressou a compreensão adotada, por unanimidade de votos, por esta Segunda Seção:

Como é cediço, as súmulas de jurisprudência são editadas conforme os regimentos internos dos tribunais para registrar o entendimento das cortes acerca de temas pacificados, no âmbito interna corporis.

[...]

Nesses termos, percebe-se do enunciado da Súmula 603/STJ que sua redação invoca o termo "reter", largamente utilizado pela jurisprudência, por dispositivos legais e institutos de direito civil, para situações de autotutela, em que uma parte (credora) se sobrepõe - isto é, contrariamente ou pelo menos independentemente da vontade daquele que a ela se submete - a outra, retendo coisa do devedor consigo para o adimplemento de seu crédito (v.g., direito do hoteleiro de reter consigo bem do devedor até que ocorra o pagamento, retenção por benfeitorias).

[...]

Ora, da leitura do enunciado de Súmula, fica clara a sua teleologia de prevenir que o banco administrador da conta-corrente, abusivamente, se valha dessa circunstância para submeter o correntista ao seu arbítrio, isto é, em patente harmonia com o estabelecido no supramencionado art. 3º, parágrafos, da Resolução do CMN

n. 3.695/2009, que estabelece que o banco não pode reter (sponte propria, isto é, sem a prévia ou atual anuência do cliente) valores para pagamento do débito, e que os descontos do crédito de mútuo só poderão perdurar enquanto for mantida a permissão por parte do correntista. Com efeito, evidentemente, não se tem por fim restringir a autonomia privada, visto que, como máxima de experiência, é comum que os mútuos tenham previsão dessa forma de pagamento, pois traz comodidade e tem o óbvio condão de reduzir o spread bancário, visto que diminui os custos de cobrança (v.g., emissão de boleto), assim como, estatisticamente, o risco de mora. [...]

Nessa toada, o precedente mais antigo dos que embasam a Súmula 603/STJ, REsp 492.777/RS, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, é lapidar, *in verbis*:

A presente ação é de indenização pelos danos causados com a retenção indevida dos salários do autor, já que, mesmo estando a questão sub judice, o Banco impediu ao requerente dispor de seu salário: o acesso à conta funcional foi bloqueado, o saque com o cartão e diretamente nos caixas não foi possível. Assim, teria havido apropriação, pelo Banco, do salário do correntista, para o fim de pagamento de dívida unilateralmente apurada. Requereu a reparação dos danos morais.

Dessarte, na linha da Súmula e da também salutar regulamentação conferida à matéria pelo CMN, caso não tenha havido a revogação da autorização previamente concedida pelo correntista, deve vigorar o princípio da autonomia privada, com cada um dos contratantes avaliando, por si, suas possibilidades e necessidades, vedado ao Banco calcular a dívida e reter os valores, substituindo-se ao próprio judiciário. Isso não significa, porém, que não possa haver pactuação para que, em conta-corrente comum (sem se tratar de conta salário) haja a celebração de mútuo em condições especiais para permitir o débito direto na conta das parcelas contratadas.

O julgado recebeu a seguinte ementa (sem grifo no original):

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. MÚTuo FENERATÍCIO. DESCONTO DAS PARCELAS. CONTA-CORRENTE EM QUE DEPOSITADO O SALÁRIO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 603/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A discussão travada no presente é delimitada como sendo exclusiva do contrato de mútuo feneratício com cláusula revogável de autorização de desconto de prestações em conta-corrente, de sorte que [não] abrange outras situações distintas,

como as que autorizam, de forma irrevogável, o desconto em folha de pagamento das "prestações empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil" (art. 1º da Lei 10.820/2003).

2. Dispõe a Súmula 603/STJ que "é vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual".

3. Na análise da licitude do desconto em conta-corrente de débitos advindos do mútuo feneratício, devem ser consideradas duas situações distintas: a primeira, objeto da Súmula, cuida de coibir ato ilícito, no qual a instituição financeira apropria-se, indevidamente, de quantias em conta-corrente para satisfazer crédito cujo montante fora por ela estabelecido unilateralmente e que, eventualmente, inclui tarifas bancárias, multas e outros encargos moratórios, não previstos no contrato; a segunda hipótese, vedada pela Súmula 603/STJ, trata de descontos realizados com a finalidade de amortização de dívida de mútuo, comum, constituída bilate-

ralmente, como expressão da livre manifestação da vontade das partes.

4. É lícito o desconto em conta-corrente bancária comum, ainda que usada para recebimento de salário, das prestações de contrato de empréstimo bancário livremente pactuado, sem que o correntista, posteriormente, tenha revogado a ordem. Precedentes.

5. Não ocorrência, na hipótese, de ato ilícito passível de reparação.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.555.722/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 25/09/2018)

Com essa orientação, entre outros, destacam-se os seguintes julgados (sem grifo no original):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. CONTRATO BANCÁRIO. LIMITAÇÃO DO DESCONTO DAS PRESTAÇÕES EM CONTA CORRENTE. DESCONTO IRRETRATÁVEL E IRREVOGÁVEL EM FOLHA E DESCONTO EM CONTA CORRENTE. HIPÓTESES DIVERSAS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA LIMITAÇÃO LEGAL AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. IMPOSSIBILIDADE. DESCONTOS EM CONTA-CORRENTE. LEGALIDADE. AUTORIZAÇÃO DO CORRENTISTA.

1. Ação de obrigação de não fazer.

2. Em se tratando de desconto em conta corrente - e não compulsório, em folha, que possui lei própria -, descabe analogia para aplicação de solução legal que versa acerca dos descontos consignados em folha de pagamento, ou seja, não há supedâneo legal e razoabilidade na adoção da mesma limitação, referente a empréstimo para desconto em folha, para a prestação do mútuo firmado com a instituição financeira administradora da conta corrente. Precedente da 2ª Seção.

3. São válidos os descontos efetuados na conta corrente quando existente expressa autorização do correntista, situação que não se confunde com a penhora de vencimentos, tampouco com a operação bancária de empréstimo consignado em folha. Precedente da 2ª Seção do STJ.

4. Agravo interno no recurso especial não provido.

(AglInt no REsp 1922486/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2021, DJe 30/09/2021)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MÚTUO. DESCONTO EM FOLHA. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO. SÚMULA N. 168/STJ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. DECISÃO MANTIDA.

1. Os embargos de divergência são um recurso voltado para a uniformização de entendimento entre órgãos fracionários distintos do STJ. Tendo a jurisprudência se uniformizado no mesmo sentido do acórdão embargado, tornam-se incabíveis os embargos de divergência (Súmula n. 168/STJ).

2. A matéria consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça tal como no acórdão recorrido. Com efeito, em julgado da Segunda Seção que procedeu ao cancelamento da Súmula n. 603/STJ, entendeu-se que não haveria, em regra, limitação aos descontos em conta corrente para fins de pagamento de mútuo, excetuando-se os casos de empréstimo consignado garantido por descontos em folha de pagamento (REsp 1.555.722/SP, Relator Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/8/2018, DJe 25/9/2018).

3. No acórdão embargado, entendeu a Terceira Turma que haveria um contrato de empréstimo com desconto em folha de pagamento e, dessa forma, seria válida a limitação dos descontos a 30% (trinta por cento) da remuneração da devedora. Evidencia-se, nesse ponto, que o decidido no julgado embargado corresponde à jurisprudência atual do STJ.

4. Além disso, o conhecimento dos embargos de divergência exige similitude fático-processual entre o aresto embargado e os paradigmas.

5. No caso dos autos, a Terceira Turma analisou hipótese envolvendo mútuo garantido por desconto em folha de pagamento.

6. O paradigma da Quarta Turma, contudo, analisou hipótese diversa, na qual o contrato envolvia mútuo a ser quitado mediante descontos em conta-corrente, sendo que o relator, expressamente, destacou que se tratava de hipótese distinta dos empréstimos pagos com desconto em folha. Portanto, o suposto paradigma não apresenta similitude fático-processual com o acórdão ora embargado, a fim de permitir o conhecimento dos embargos de divergência.

7. Cabe destacar que, nos embargos de divergência, não se admite a alteração do contexto fático-processual objeto de exame pela Turma, pois é recurso que "tem por finalidade uniformizar a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, quando se verificarem idênticas situações fáticas nos julgados, mas tenha se dado diferente interpretação na legislação aplicável ao caso, não se prestando para avaliar possível justiça ou injustiça do decisor (...)" (AgInt nos EREsp n. 1.322.449/RJ, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/8/2018, DJe 28/8/2018).

8. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EAREsp 1305797/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2020, DJe 16/11/2020)

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. MÚTUA BANCÁRIO. DÉBITO EM CONTA-CORRENTE. LIVRE PACTUAÇÃO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONTRATUAL. LIMITE DE 30% SOBRE OS VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE.

1. Nos contratos de mútuo bancário, é legal e possível o desconto, pela instituição financeira, de valores depositados na conta bancária do mutuário/correntista, desde que expressamente previsto em contrato, não se lhe aplicando o limite de 30% dos vencimentos referente à modalidade "empréstimo consignado" - REsp 1586910/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 29/08/2017, DJe 03/10/2017.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1836620/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2020, DJe 26/10/2020)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. DESCONTO EM CONTA CORRENTE ONDE É DEPOSITADO SALÁRIO. LIMITAÇÃO EM 30% DOS VENCIMENTOS. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte orienta que são lícitos os descontos em conta corrente autorizados para pagamento de prestações contra-

tadas com a instituição financeira, sendo indevida a aplicação analógica do limite legal aos descontos relativos a empréstimo consignado e que, em princípio, não há dano moral ou repetição de indébito caso as instâncias ordinárias tenham limitado os descontos.

2. Caso em que o Tribunal de origem entendeu não configurado ato ilícito passível de reparação. A reforma do acórdão recorrido, no ponto, requer incursão nos elementos fático-probatórios do processo, o que é inviável em recurso especial (Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1662754/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/09/2020, DJe 01/10/2020)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE IMPLÍCITO. EMPRÉSTIMOS. DESCONTOS EM CONTA BANCÁRIA. LIMITAÇÃO DE 30% DA REMUNERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. "Esta Corte Superior pode realizar o juízo de admissibilidade de forma implícita, sem necessidade de exposição de motivos, onde o exame de mérito recursal já traduz o entendimento de que foram atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibili-

dade, inexistindo necessidade de pronunciamento explícito pelo julgador a esse respeito" (EResp 1.119.820/PI, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, DJe de 19/12/2014).

2. É lícito o desconto em conta corrente bancária comum, ainda que usada para recebimento de salário, das prestações relativas a contratos de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e outros serviços bancários livremente pactuados entre o correntista e a instituição financeira. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "por se tratar de hipóteses diversas, não é possível aplicar, por analogia, a limitação legal de descontos firmados em contratos de empréstimo consignado aos demais contratos firmados com cláusula de desconto em conta corrente" (AgInt no AREsp 1.527.316/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 13/2/2020).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1865084/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2020, DJe 26/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO DEMANDANTE.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é lícito o desconto em conta-corrente, ainda que usada para recebimento de salário, das prestações de contrato de empréstimo bancário livremente pactuado, sem que o correntista tenha revogado a autorização. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Inaplicável, ainda que por analogia, a limitação de 30% (trinta por cento) prevista em lei específica para os contratos de empréstimo consignado em folha de pagamento. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1401659/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/2019, DJe 12/12/2019)

DESCONTO DE MÚTUO FENERATÍCIO EM CONTA-CORRENTE.

AGRAVO INTERNO. JULGAMENTO AFETADO PARA PACIFICAÇÃO NO ÂMBITO DO STJ. DESCONTO IRRETRATÁVEL E IRREVOGÁVEL EM FOLHA E DESCONTO EM CONTA-CORRENTE. HIPÓTESES DIVERSAS, QUE NÃO SE CONFUNDEM. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA LIMITAÇÃO LEGAL AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. CARACTERÍSTICA. INDIVISIBILIDADE DOS LANÇAMENTOS. DÉBITO AUTORIZADO. REVOGAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO, COM TODOS OS CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO.

FACULDADE DO CORRENTISTA, MEDIANTE SIMPLES REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Em se tratando de mero desconto em conta-corrente - e não compulsório, em folha, que possui lei própria -, descabe aplicação da analogia para aplicação de solução legal que versa acerca dos descontos consignados em folha de pagamento.

2. No contrato de conta-corrente, a instituição financeira se obriga a prestar serviços de crédito ao cliente, por prazo indeterminado ou a termo, seja recebendo quantias por ele depositadas ou por terceiros, efetuando cobranças em seu nome, seja promovendo pagamentos diversos de seu interesse, condicionados ao saldo existente na conta ou ao limite de crédito concedido. Cuida-se de operação passiva, mediante a qual a instituição financeira, na qualidade de responsável/administradora, tem o dever de promover lançamentos.

3. Por questão de praticidade, segurança e pelo desuso do pagamento de despesas em dinheiro, costumeiramente o cliente centraliza, na conta-corrente, todas suas rendas e despesas pessoais, como, v.g., salário, eventual trabalho como autônomo, rendas de aluguel, luz, água, telefone, tv a cabo, cartão de crédito, seguro, eventuais prestações de mútuo feneratício, tarifa de manutenção de conta, cheques, boletos variados e diver-

sas despesas com a instituição financeira ou mesmo com terceiros, com débito automático em conta.

4. Como incumbe às instituições financeiras, por dever contratual, prestar serviço de caixa, realizando operações de ingresso e egressos próprias da conta-corrente que administram automaticamente, não cabe, sob pena de transmutação do contrato para modalidade diversa de depósito, buscar, aprioristicamente, saber a origem de lançamentos efetuados por terceiros para analisar a conveniência de efetuar operação a que estão obrigadas contratualmente, referente a lançamentos de débitos variados, autorizados e/ou determinados pelo correntista.

5. Consoante o art. 3º, § 2º, da Resolução do CMN n. 3.695/2009, com a redação conferida pela Resolução CMN n. 4.480/2016, é vedada às instituições financeiras a realização de débitos em contas de depósito e em contas de pagamento sem prévia autorização do cliente. O cancelamento da autorização referida no caput deve surtir efeito a partir da data definida pelo cliente ou, na sua falta, a partir da data do recebimento pela instituição financeira do pedido pertinente.

6. Com efeito, na linha da regulamentação conferida à matéria pelo CMN, caso não tenha havido revogação da autorização previamente concedida pelo

correntista para o desconto das prestações do mútuo feneratício, deve ser observado o princípio da autonomia privada, com cada um dos contratantes avaliando, por si, suas possibilidades e necessidades, vedado ao Banco reter - sponte propria, sem a prévia ou atual anuência do cliente - os valores, substituindo-se ao próprio Judiciário.

7. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1500846/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 01/03/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RETENÇÃO DE SALÁRIO PARA PAGAMENTO DE EMPRÉSTIMO. CONCLUSÃO NO ACÓRDÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA PERMITINDO O DÉBITO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SÚMULA 7/STJ. DECISUM EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ, ATRAINDO A APLICAÇÃO DO VERBETE N. 83 DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Segundo o Tribunal estadual, pelos documentos anexados aos autos, inexistem provas no sentido de que a instituição financeira descontou valores indevidos para satisfação de juros remuneratórios de contrato de cheque especial. Aplicação da Súmula 7/STJ.

2. A jurisprudência desta Corte entende pela "valida-

de da cláusula autorizadora de desconto em conta-corrente para pagamento das prestações do contrato de empréstimo, ainda que se trate de conta utilizada para recebimento de salário" (REsp 1584501/SP, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 13/10/2016).

3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AgInt no REsp 1627176/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 18/12/2017)

RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÕES DE MÚTUO FIRMADO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCONTO EM CONTA-CORRENTE E DESCONTO EM FOLHA. HIPÓTESES DISTINTAS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA LIMITAÇÃO LEGAL AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO AO MERO DESCONTO EM CONTA-CORRENTE, SUPERVENIENTE AO RECEBIMENTO DA REMUNERAÇÃO. INVIABILIDADE. DIRIGISMO CONTRATUAL, SEM SUPEDÂNEO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A regra legal que fixa a limitação do desconto em folha é salutar, possibilitando ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao financiador. O legislador ordinário concretiza, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois, com razoabilidade, limitam-se os descontos compulsórios que incidirão sobre ver-

ba alimentar, sem menosprezar a autonomia privada.

2. O contrato de conta-corrente é modalidade absorvida pela prática bancária, que traz praticidade e simplificação contábil, da qual dependem várias outras prestações do banco e mesmo o cumprimento de pagamento de obrigações contratuais diversas para com terceiros, que têm, nessa relação contratual, o meio de sua viabilização. A instituição financeira assume o papel de administradora dos recursos do cliente, registrando lançamentos de créditos e débitos conforme os recursos depositados, sacados ou transferidos de outra conta, pelo próprio correntista ou por terceiros.

3. Como característica do contrato, por questão de praticidade, segurança e pelo desuso, a cada dia mais acentuado, do pagamento de despesas em dinheiro, costumeiramente o consumidor centraliza, na conta-corrente, suas despesas pessoais, como, v.g., luz, água, telefone, tv a cabo, cartão de crédito, cheques, boletos variados e demais despesas com débito automático em conta.

4. Consta, na própria petição inicial, que a adesão ao contrato de conta-corrente, em que o autor percebe sua remuneração, foi espontânea, e que os descontos das parcelas da prestação-conjuntamente com prestações de outras obrigações firmadas com terceiros -têm expressa previsão contratual e ocorrerem posteriormente ao recebimento de seus proventos,

não caracterizando consignação em folha de pagamento. 5. Não há supedâneo legal e razoabilidade na adoção da mesma limitação, referente a empréstimo para desconto em folha, para a prestação do mútuo firmado com a instituição financeira administradora da conta-corrente. Com efeito, no âmbito do direito comparado, não se extrai nenhuma experiência similar - os exemplos das legislações estrangeiras, costumeiramente invocados, buscam, por vezes, com medidas extrajudiciais, solução para o superendividamento ou sobreendividamento que, isonomicamente, envolvem todos os credores, propiciando, a médio ou longo prazo, a quitação do débito.

6. À míngua de novas disposições legais específicas, há procedimento, já previsto no ordenamento jurídico, para casos de superendividamento ou sobreendividamento - do qual podem lançar mão os próprios devedores -, que é o da insolvência civil.

7. A solução concebida pelas instâncias ordinárias, em vez de solucionar o superendividamento, opera no sentido oposto, tendo o condão de eternizar a obrigação, visto que leva à amortização negativa do débito, resultando em aumento mês a mês do saldo devedor. Ademais, uma vinculação perene do devedor à obrigação, como a que conduz as decisões das instâncias ordinárias, não se compadece com o

sistema do direito obrigacional, que tende a ter termo.

8. O art. 6º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro confere proteção ao ato jurídico perfeito, e, consoante os arts. 313 e 314 do CC, o credor não pode ser obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

9. A limitação imposta pela decisão recorrida é de difícil operacionalização, e resultaria, no comércio bancário e nas vendas a prazo, em encarecimento ou até mesmo restrição do crédito, sobretudo para aqueles que não conseguem comprovar a renda.

10. Recurso especial do réu provido, julgado prejudicado o do autor. (REsp 1586910/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/08/2017, DJe 03/10/2017)

Em sendo este o entendimento pacífico da jurisprudência desta Corte de Justiça a respeito da questão posta, e, considerada a existência de multiplicidade de recursos especiais com idêntica matéria que, inclusive, continuam a aportar ao Superior Tribunal de Justiça, tem-se por oportuna e necessária a fixação de tese jurídica, em atendimento aos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

A esse propósito, não se pode, antes, deixar de sopear a ponderação feita pela eminente Ministra Nancy

Andrighi, que, por ocasião da afetação, reputou conveniente fazer uma ressalva à delimitação da matéria, a respeito de julgado exarado pela Terceira Turma, da relatoria de S. Exa., em que se procedeu ao *distinguishing* "para acolher o pedido de limitação dos descontos na conta bancária onde recebido o BPC [Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social ao Idoso], de modo a não privar o idoso de grande parcela do benefício que, já de início, era integralmente destinado à satisfação do mínimo existencial".

Refiro-me ao seguinte julgado da Terceira Turma:

DIREITO CIVIL E BANCÁRIO. OPERAÇÕES DE CRÉDITO PESSOAL. DESCONTO DAS PARCELAS EM CONTA CORRENTE NA QUAL RECEBIDO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL AO IDOSO -BPC. PEDIDO DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS. ACOLHIMENTO. VERBA DESTINADA ESSENCIALMENTE À SOBREVIVÊNCIA DO IDOSO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RESP 1.555.722/SP. **DISTINGUISHING.**

1. Ação ajuizada em 08/09/2017. Recurso especial interposto em 20/05/2019 e concluso ao Gabinete em 28/08/2019.
2. O propósito recursal consiste em dizer acerca da possibilidade de limitação dos descontos efetuados por instituição financeira na conta bancária

mantida pelo recorrido, na qual é depositado Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social ao Idoso.

3. Segundo o entendimento firmado pela 2ª Seção no REsp 1.555.722/SP (DJe de 25/09/2018), os descontos de parcelas de empréstimos em conta corrente, ainda que usada para recebimento de salário, são lícitos -desde que autorizados pelo correntista -e não comportam limitação por analogia à hipótese de consignação em folha de pagamento de que trata a Lei 10.820/2003.

4. Hipótese dos autos que, todavia, não trata do recebimento de verbas salariais, mas do Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social ao Idoso, que tem por objetivo suprir as necessidades básicas de sobrevivência do beneficiário, dando-lhe condições de enfrentamento à miséria, mediante a concessão de renda mensal equivalente a 1 (um) salário mínimo.

5. Necessário *distinguishing* do caso concreto para acolher o pedido de limitação dos descontos na conta bancária onde recebido o BPC, de modo a não privar o idoso de grande parcela do benefício que, já de início, era integralmente destinado à satisfação do mínimo existencial. Ponderação entre o princípio da autonomia da vontade privada e o princípio da dignidade da pessoa humana.

6. Consoante o disposto no art. 3º da Resolução BACEN nº 3.695,

de 26/03/2009 (atual art. 6º da Resolução BACEN nº 4.771, de 23/12/2019), a autorização de desconto de prestações em conta corrente é revogável. Assim, não há razoabilidade em se negar o pedido do correntista para a limitação dos descontos ao percentual de 30% do valor recebido a título de BPC; afinal, o que é válido para o mais, deve necessariamente sê-lo para o menos (a maiori, ad minus).

7. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.834.231/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Por ocasião da afetação, a Ministra Nancy Andrigli ponderou:

Trata-se de exceção que confirma a norma já estabelecida pela jurisprudência desta e. Segunda Seção, mas que, acaso não mencionada na proposta de afetação, pode acarretar que essas situações excepcionais acabem sendo ignoradas, por ingressarem, sem o indispensável *distinguishing*, na incidência da regra geral. Assim, como a excepcionalidade da não incidência do entendimento da e. Segunda Seção firmado no Resp 1.555.722/SP em relação à conta corrente na qual o mutuário recebe o benefício de Prestação Continuada (BCP) ainda não foi examinada por ambas as Turmas de Direito Privado, os recursos especiais que versem sobre essa temática devem continuar a aportar no STJ, a fim de que

seja firmada a orientação desta Corte quanto à questão.

Proponho, desse modo, que a delimitação da matéria controvertida contenha expressamente, ressalva ao tema, passando, assim, a ser demarcado da seguinte maneira: "*Aplicabilidade ou não da limitação de 30% prevista na Lei n. 10.820/2003 (art. 1º, § 1º), para os contratos de empréstimo bancários livremente pactuados, nos quais haja previsão de desconto em conta corrente, ainda que usada para o recebimento de salário, excetuada a hipótese de percepção de Benefício de Prestação Continuada*".

Ao final, pela deliberação majoritária deste colegiado, a delimitação da controvérsia não contou com a ressalva propugnada por S. Exa (ficando, assim, conformada: "*Aplicabilidade ou não da limitação de 30% prevista na Lei n. 10.820/2003 (art. 1º, § 1º), para os contratos de empréstimos bancários livremente pactuados, nos quais haja previsão de desconto em conta corrente, ainda que usada para o recebimento de salário*").

Sem descurar da relevância de tais considerações feitas por S. Exa, seja para a delimitação da controvérsia, seja, agora, para a fixação da tese, não me parece possível, **no contexto fático e jurídico dos recursos especiais repetitivos em jul-**

gamento, em relação ao qual não se pode extrapolar, imiscuir em questão não tratada nos autos, cujo enfrentamento, como bem assentado, deu-se uma única vez, por uma das Turmas de Direito Privado, o que, segundo penso, inclusive impossibilitaria sua inclusão em tese tida por "repetitiva".

Efetivamente, não se me afigura adequado fazer constar, na tese repetitiva, uma ressalva, em relação à qual não há deliberação reiterada das Turmas de Direito Privado, a expressar a jurisprudência consolidada desta Corte.

A inclusão da ressalva na tese repetitiva, a meu juízo, conduziria, inadvertidamente, à compreensão de que "a não aplicação da jurisprudência do STJ aos casos do mutuário que recebe o benefício de Prestação continuada" refletiria a pacífica jurisprudência desta Corte de Justiça, o que, por ora, não se pode afirmar.

Penso que a relevante preocupação externada pela Ministra Nancy Andrighi, no sentido de que os recursos especiais que versem sobre a questão decidida no REsp 1.834.231/MG (possibilidade ou não de se limitar o desconto na conta-corrente na qual o mutuário recebe o benefício de Prestação Continuada - BCP) continuem a ascender a esta Corte de Justiça, mostra-se de todo preservada, na

medida em que os contextos fático e jurídico dos recursos especiais em julgamento não cuidam dessa matéria.

Aliás, tanto não há repercussão aos casos ora em julgamento, que a compreensão adotada no REsp 1.834.231/MG, nos termos do voto condutor, "**não decorre[u] da analogia com a hipótese de consignação em folha de pagamento**, mas com a necessária ponderação entre o princípio da autonomia da vontade privada e o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a não privar o recorrido de grande parcela do benefício que, já de início, era integralmente destinado à satisfação do mínimo existencial".

Logo, a tese a ser aqui fixada não rege os recursos especiais com essa temática (possibilidade ou não de se limitar o desconto na conta-corrente na qual o mutuário recebe o benefício de Prestação Continuada - BCP).

Este registro, na presente fundamentação, afigura-se suficiente, a meu juízo, para que os recursos especiais com a aludida matéria continuem a ascender a esta Corte de Justiça, para que, futuramente, quando houver consenso sobre a questão no âmbito das Turmas de Direito Privado, possam complementar a tese a ser fixada na presente oportunidade.

3. Fixação da tese jurídica.

Diante da compreensão ora externada, que retrata a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para fins dos arts. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, propõe-se a conformação da seguinte tese jurídica:

São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento.

4. Julgamento do caso concreto.

Na espécie, o Tribunal de origem manteve a sentença de procedência, para limitar em 30% (trinta por cento) dos proventos líquidos os descontos para pagamento dos empréstimos tomados, incidentes na conta-corrente em que o mutuário recebe seus salários, em aplicação analógica do § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 169-170):

Com efeito, em se cuidando de vencimentos salariais, como ocorre no caso vertente, o des-

conto de parcelas previstas em contrato estabelecido com o correntista não pode, efetivamente, chegar a ponto de privá-lo de manter a subsistência própria e de sua família, o que deve ser considerado pela instituição financeira, notadamente no caso de já existir o desconto de outro ou de outros empréstimos feitos anteriormente pelo correntista. Esta situação não pode ser desconsiderada pelo banco ao firmar contratos desta espécie, por onerar excessivamente o correntista.

Evidente, nesta hipótese, o caráter abusivo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, também aplicável aos contratos bancários (Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça), da previsão contratual que permite este desconto ou débito em conta corrente.

[...]

Em face disso, o entendimento que prevalece a respeito é no sentido de que havendo previsão no contrato estabelecendo o desconto das prestações em conta corrente ou em folha de pagamento, tem-se que esse desconto é cabível, em princípio, por ter sido livremente pactuado pelas partes, desde que seja limitado a fim de permitir a subsistência do devedor, face ao caráter alimentar dessa verba.

Neste sentido, tem-se, inclusive, a Lei n. 10.820 de 17 de dezembro de 2003, na qual são estipuladas as condições para desconto, em folha de pagamento, das prestações de empréstimos contraídos por trabalhadores junto às instituições financeiras. O parágrafo 1º do

art. 2º, c.c o inciso I, do art. 2º da referida lei, determina que o desconto a ser efetuado na conta corrente do mutuário não poderá ultrapassar a 30% da remuneração disponível.

Com isto, resguarda-se a proteção que é prevista em lei ao salário, bem como obsta que o credor obtenha vantagem exagerada e exclusiva em seu favor, em detrimento do devedor, com a utilização ilimitada da previsão contratual, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, tendo-se em vista tais diplomas legais, deve prevalecer a determinação do douto Magistrado para limitar os descontos decorrentes do contrato em questão, de modo a não exceder 30% dos vencimentos líquidos da demandante.

Nos termos da fundamentação supra, o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desborda da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, que perfilha o posicionamento segundo o qual "são lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento".

Nesse contexto e diante do posicionamento desta Corte de Justiça firmado na tese jurídica ora propugnada, a insurgência recursal da instituição financeira merece prosperar.

Ante tal desfecho, fica prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial de Maria dos Anjos Pedrosa, em que postulava, em síntese, a readequação da verba honorária.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou provimento ao recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S.A. para julgar improcedente a subjacente ação; e julgo prejudicado o recurso manejado pela demandante.

Invertam-se os ônus sucumbenciais, mantido o arbitramento da verba honorária nos exatos termos em que fixado pelo Tribunal de origem, em favor do causídico da parte vencedora.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Preliminarmente, indeferiu-se o pedido de adiamento do julgamento.

No mérito, a Segunda Seção, por unanimidade, deu

provimento ao recurso especial da instituição financeira e julgou prejudicado o recurso especial da mutuária, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese: "São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação pre-

vista no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Superior Tribunal de Justiça

Cédula de Crédito Bancário. Alienação fiduciária em garantia de imóvel. Lei nº 9.514/1997. Execução judicial. Possibilidade.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL. PACTO ADJETO. EXECUÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se o credor de dívida garantida por alienação fiduciária de imóvel está obrigado a promover a execução extrajudicial de seu crédito na forma determinada pela Lei nº 9.514/1997.

3. Hipótese em que a execução está lastreada em Cédula de Crédito Bancário. 4. A Cédula de Crédito Bancário, desde que satisfeitas as exigências do art. 28, § 2º, I e II, da Lei nº 10.931/2004, de modo a lhe conferir liquidez e exequibilidade, e desde que preenchidos os requisitos do art. 29 do mesmo diploma legal, é título executivo extrajudicial.

5. A constituição de garantia fiduciária como pacto adjeto ao financiamento instrumentalizado por meio de Cédula de Crédito Bancário em nada modifica o direito do credor de optar por executar o seu crédito de maneira diversa daquela estatuída na Lei nº 9.514/1997 (execução extrajudicial).

6. Ao credor fiduciário é dada a faculdade de executar a integralidade de seu crédito judicialmente, desde que o título que dá lastro à execução esteja dotado de todos os atributos necessários – liquidez, certeza e exigibilidade.

7. 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(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso

¹ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2137095&num_registro=201901559091&data=20220222&formato=PDF>.

Sanseverino (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2022(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, relator.

REsp 1.965.973-SP. DJe 22/02/2022.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por SYLVIO CARDOSO ROLIM NETO e OUTRA, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

"Agravos de Instrumento - Exceção de pré-executividade - Rejeição - Execução por título extrajudicial - Cédula de crédito bancário - Dívida garantida por alienação fiduciária de imóvel - Executado que alega falta de interesse processual quanto ao ajuizamento de procedimento judicial, pois considera que o credor deve optar por procedimento expropriatório pela via extrajudicial - Descabimento - Exequente que tem a opção de escolher o procedimento que lhe parecer mais adequado na busca da satisfação do crédito - Decisão mantida - Recurso improvido" (e-STJ fl. 1.309).

Os embargos de declaração opostos na origem foram rejeitados.

No recurso especial (e-STJ fls. 1.318-1.333), os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial no tocante à interpretação dada ao art. 1.368-A do Código Civil, violação dos seguintes dispositivos com as respectivas teses:

a) art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 - houve negativa de prestação jurisdicional, haja vista a falta de pronunciamento da Corte local a respeito do valor do crédito à época do inadimplemento e do débito atualizado, bem como do valor da avaliação do imóvel objeto de alienação fiduciária, realizado pelo próprio recorrido, e, ainda, acerca da admissibilidade da exceção de pré-executividade para analisar matéria de ordem pública;

b) art. 803, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 - cabe exceção de pré-executividade para tratar de questões de ordem pública;

c) arts. 805 e 845, VI, do Código de Processo Civil de 2015; 113, 187, 422 e 1.368-A do Código Civil e 27 da Lei nº 9.514/1997 - c.1) o credor deve optar pelo meio menos gravoso para a parte executada; c.2) a venda do imóvel em leilão extrajudicial implica a quitação e a extinção da dívida; c.3) o credor deve utilizar os meios possíveis para minorar o prejuízo do devedor (*duty to mitigate the loss*) e c.4) havendo meca-

nismo mais célere e eficaz para a satisfação extrajudicial do débito, nada justifica a manutenção do feito executivo, a ensejar o reconhecimento da falta de interesse processual, com a consequente extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 1.406-1.414), e inadmitido o recurso na origem, determinou-se a reautuação do agravo (AREsp nº 1.514.845/SP) como recurso especial para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

A irresignação não merece prosperar.

1) Breve resumo da demanda

Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por SYLVIO CARDOSO ROLIM NETO e S. ROLIM RELÓGIOS EIRELI-EPP contra a decisão que, nos autos de execução de título executivo extrajudicial movida por BANCO BVA S.A., fundada em Cédula de Crédito Bancário, rejeitou liminarmente a exceção de pré-executividade

apresentada pela parte executada, ora recorrente, por inadequação da via eleita.

Registra-se, por oportuno, que, após a propositura da execução, o crédito respectivo foi cedido em favor de NOVA-PORTFOLIO PARTICIPAÇÕES S.A. (e-STJ fls. 224-225).

Na referida exceção de pré-executividade, alegou-se, essencialmente, a **ausência de interesse processual** por parte do exequente ao argumento de que o empréstimo estava garantido por alienação fiduciária de imóvel, cabendo ao credor, portanto, promover a execução extrajudicial de seu crédito na forma determinada pela Lei nº 9.514/1997.

Na origem, o órgão colegiado negou provimento ao referido agravo nos termos da seguinte fundamentação:

"(...) os agravantes arguíram a exceção em tela alegando que o exequente não poderia se valer da via judicial para executar o contrato celebrado entre as partes, uma vez que a dívida está garantida por alienação fiduciária do imóvel objeto da matrícula nº 145.019 do Cartório de Registro de Imóveis de Barueri-SP. Consideram que havendo norma específica, no caso a Lei nº 9.514/97, o banco deveria se valer dos procedimentos expropriatórios extrajudiciais.

Não colhe, contudo, tal alegação, eis que **embora haja o procedimento específico de**

execução extrajudicial no caso de dívida garantida por alienação fiduciária, nos termos da Lei nº 9.514/97, não existe qualquer óbice ao exequente de optar pela execução prevista no Código de Processo Civil, uma vez que dispõe de título hábil para tanto, atrelado a esta garantia, tendo livre acesso ao judiciário, inexistindo em referida lei qualquer vedação expressa à utilização da via judiciária para cobrança da dívida que conta com esta garantia. Ao contrário, como mencionado pelo agravado, esta opção encontra amparo no artigo 39, inc. II, de referida Lei, ao assentar que às operações de crédito compreendidas no sistema de financiamento imobiliário, a que se refere esta lei, aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966, exclusivamente aos procedimentos de execução de crédito garantidos por hipoteca. O art. 29 do Decreto-Lei n. 70/66, por sua vez, dispõe que às hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou deste decreto-lei (artigos 31 a 38).

Ademais, a opção pela via judicial afigura-se, até mesmo, mais vantajoso ao devedor, por permitir-lhe a apresentação de defesa por meio de embargos, podendo exercer amplamente seu direito de defesa em juízo,

inclusive com a produção de provas, se necessário, o que não é possível no âmbito do procedimento extrajudicial. Não há, portanto, nenhum prejuízo ao devedor, não havendo de se falar, por isso, em ofensa ao art. 805 do CPC.

Por isso é descabida a alegação de falta de interesse processual, suscitada pelos agravantes" (e-STJ fls. 1.311-1.312 - grifou-se).

Após a rejeição dos aclaratórios opostos na origem, foi interposto o recurso especial que se passa a examinar.

2) Da negativa de prestação jurisdicional

No que tange ao art. 1.022 do CPC/2015, não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento acerca de questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que o órgão julgador, a despeito de ter mantido a sentença que rejeitou liminarmente a exceção de pré-executividade, por inadequação da via eleita, acabou enfrentando a alegação de falta de interesse processual, matéria que, em tese, por se tratar de uma das condições da ação, poderia mesmo ser deduzida na estreita via processual escolhida pelos executados.

A alegada ausência de uma das condições da ação, no entanto, foi afastada ao fundamento de que o exequente, detentor de título executivo extrajudicial, tem a opção de escolher o procedimento que lhe parecer mais adequado na busca da satisfação de seu crédito, tendo sido analisadas, portanto, todas as matérias postas em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia.

Frisa-se que, mesmo à luz do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas a respeito daqueles capazes de, em tese, de algum modo, infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador (inciso IV).

Não se pode confundir, portanto, negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação com decisão contrária aos interesses da parte.

3) Da execução judicial

Anota-se, de início, que a execução contra a qual foi apresentada a exceção de pré-executividade está lastreada em Cédula de Crédito Bancário, garantida por alienação fiduciária de imóvel pertencente a um dos coobrigados (Sylvio Cardoso Rolim Neto).

A Cédula de Crédito Bancário, nos termos dos arts. 26 e 27

da Lei nº 10.931/2004, representa promessa de pagamento em dinheiro decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade, podendo ser emitida com ou sem garantia, real ou fidejussória. Confira-se:

"Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é **título de crédito** emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando **promessa de pagamento em dinheiro**, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

(...)

Art. 27. **A Cédula de Crédito Bancário poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória**, cedularmente constituída.

Parágrafo único. A garantia constituída será especificada na Cédula de Crédito Bancário, observadas as disposições deste Capítulo e, no que não forem com elas conflitantes, as da legislação comum ou especial aplicável."

O art. 28 do mesmo diploma legal a qualifica como "(...) **título executivo extrajudicial**", representativo de "(...) dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente" (grifou-se).

A propósito, no julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, esta Supe-

rior Corte de Justiça já decidiu que a **Cédula de Crédito Bancário**, desde que satisfeitas as exigências do art. 28, § 2º, I e II, da Lei nº 10.931/2004, de modo a lhe conferir liquidez e exequibilidade, e desde que preenchidos os requisitos do art. 29 do mesmo diploma legal, **é título executivo extrajudicial**, estando o respectivo acórdão assim ementado:

"DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA. INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e

exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

3. No caso concreto, recurso especial não provido." (REsp 1.291.575/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/8/2013, DJe 2/9/2013)

No mesmo sentido:

"RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚM. 211/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. SÚM. 284/STF. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESSENCIAIS. TÍTULOS DE CRÉDITO NÃO CONFIGURADOS. INEXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS RECONHECIDA. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de embargos à execução de título extrajudicial ajuizada em 2012, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 26/06/2017 e atribuído ao gabinete em 25/01/2018.

2. O propósito recursal é dizer se há negativa de prestação jurisdiccional; se os documentos que lastrearam a execução se qualificam como títulos executivos extrajudiciais; bem como se são exorbitantes os honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor da execução.

(...)

5. As cédulas de crédito bancário (CCBs) constituem títulos de crédito - dotados,

pois, de força executiva - mas com características peculiares, tratando-se de uma promessa de pagamento vinculada a uma operação de crédito, de qualquer modalidade, realizada com instituição financeira, com ou sem garantia.

6. Embora subjacente à CCB haja sempre um negócio jurídico celebrado com a instituição financeira, relativo a uma operação bancária ativa, que lhe dá causa, nem todo negócio jurídico celebrado com a instituição financeira, ainda que representante de uma operação bancária ativa, constitui, por si mesmo, uma CCB, porque se faz necessário, para tanto, o preenchimento de requisitos essenciais, elencados no art. 29 da Lei 10.931/04.

7. Hipótese em que os contratos de leasing, CDC e Finame, que lastrearam a presente execução, não podem ser qualificados e tratados juridicamente como CCBs, porque não preenchem os requisitos essenciais para tanto, tampouco configuram títulos executivos extrajudiciais, porque não atendem as exigências do art. 585, II, do CPC/73.

8. Extinto o processo de execução em virtude da procedência dos embargos, mostra-se excessiva a fixação da verba honorária em 20% sobre o valor executado, devido ao elevado montante deste (R\$ 9.525.937,57), sendo razoável, portanto, sua redução para 10% sobre o valor da execução.

9. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão,

parcialmente provido." (REsp 1.722.631/MA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019 - grifou-se).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. LIQUIDEZ. TESE FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA.

(...)

2. Segundo tese firmada em recurso repetitivo, n. 576, **a cédula de crédito bancário tem força executiva**, devendo ser acompanhada de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, o que se verificou.

3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 1.411.098/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16/5/2019, DJe 29/5/2019 - grifou-se).

Assim, o só fato de estar a dívida lastreada em título executivo extrajudicial e não haver controvérsia quanto à sua liquidez, certeza e exigibilidade, ao menos no bojo da exceção de pré-executividade, é o quanto basta para a propositura da execução, seja ela fundada no art. 580 do Código de Processo Civil de 1973, seja no art. 786 do Código de Processo Civil de 2015.

A constituição de garantia fiduciária como pacto adjeto ao financiamento instrumentalizado por meio de Cédula de Crédito Bancário em nada modifica o direito do credor de optar por executar o seu crédito de maneira diversa daquela estatuída na Lei nº 9.514/1997 (execução extrajudicial), conforme destacado em abalizada doutrina:

"(...)

O credor-fiduciário pode optar pelo processo judicial de execução por quantia certa contra devedor solvente, caso considere esse meio mais adequado de acordo com as circunstâncias. A referência à execução judicial na Lei 9.514/1997 é dispensável, não só porque **o título representativo desse crédito tem força executiva**, por ser constituído por instrumento público ou particular subscrito por duas testemunhas (CPC, art. 784), mas, sobretudo, porque **o contrato de crédito com garantia real é classificado como título executivo extrajudicial** pelo inciso V do mesmo art. 784 do CPC. Assim, **a satisfação do crédito pode ser obtida mediante ação de execução caso o imóvel tenha sido destruído**, no todo ou em parte, e o devedor tiver outros bens penhoráveis suficientes para satisfação do crédito, **podendo essa faculdade também ser exercida pelo credor na hipótese de insuficiência da garantia por depreciação do**

imóvel ou outras circunstâncias que justifiquem a opção pela ação de execução judicial.

A existência, no ordenamento, de um procedimento extrajudicial de realização da garantia fiduciária imobiliária não obsta o exercício da faculdade do credor fiduciário de promover a execução judicial do seu crédito.

Na execução, a penhora recairá necessariamente sobre o direito aquisitivo do devedor fiduciante em relação ao imóvel objeto da garantia, como há muito reconhecido pela jurisprudência e previsto expressamente no CPC/2015, podendo incidir sobre outros bens do patrimônio do devedor fiduciante caso o valor do direito aquisitivo seja insuficiente para satisfação integral do crédito.

A opção opera apenas a substituição do procedimento extrajudicial pelo procedimento judicial de realização da garantia e não caracteriza renúncia à garantia.

Como se sabe, a renúncia deve ser expressa, como reconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois se trata de extinção de direito real de garantia, tal como dispõe o art. 1.499 do Código Civil em relação à hipoteca, e, sendo ato de disposição, "há de ser expressa, porque não se poderia averbar renúncia tácita. Para que se dê a extinção da hipoteca, é preciso que concorram os seguintes pressupostos: declaração unila-

teral do credor hipotecário, assentimento de terceiros que tenham direito sobre a hipoteca e a averbação no registro de imóveis.

Para validade e eficácia da renúncia, é necessário que do instrumento conste a caracterização do imóvel e do direito real objeto da desconstituição, devendo o instrumento ser registrado no Registro de Imóveis competente." (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, pág. 354 - grifou-se)

A propositura de execução de título extrajudicial, aliás, aparenta ser a solução mais eficaz em determinados casos, diante da existência de questão altamente controvertida, tanto da doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais, referente à possibilidade de o credor fiduciário exigir o saldo remanescente se o produto obtido com a venda extrajudicial do bem imóvel dado em garantia não for suficiente para a quitação integral do seu crédito, ou se não houver interessados em arrematar o bem no segundo leilão, considerando o disposto nos §§ 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, que assim dispõem:

"§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º [valor da dívida + despesas], **considerar-se-á extinta a dívida** e exonera-

do o credor da obrigação de que trata o § 4º [entrega da importância que sobejar ao devedor].

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, **dará ao devedor quitação da dívida**, mediante termo próprio." (sem acréscimos no original - grifou-se).

No entanto, na hipótese de alienação extrajudicial do bem dado em garantia, ao contrário do sustentado nas razões do recurso especial, o credor fiduciário não está impedido de exigir o saldo remanescente se o produto obtido com a venda extrajudicial não for suficiente para a quitação integral do seu crédito. O remanescente da dívida apenas não estará mais garantido ante o desaparecimento da propriedade fiduciária, o mesmo ocorrendo na hipótese de não haver interessados em arrematar o bem no segundo leilão.

Com efeito, a despeito da referida previsão legal, tem prevalecido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a interpretação segundo a qual a **extinção da dívida**— expressão utilizada pela lei — **opera-se apenas em relação à parcela da dívida garantida pela propriedade fiduciária**, tendo o credor a possibilidade de cobrar do devedor o valor remanescente de seu crédito.

Com a edição da Súmula nº 384/STJ, por exemplo, esta Corte Superior firmou o entendimento de que "*cabe ação monitória para haver **saldo remanescente** oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia*" (grifou-se), justamente porque a venda extrajudicial do bem "(...) *retira ao eventual crédito remanescente a característica de liquidez, e ao título dele representativo, em consequência, a qualidade de título executivo*" (REsp nº 63.392/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 18/12/1997, DJ 16/3/1998).

A mesma orientação, *mutatis mutandis*, tem sido adotada por esta Corte quando se afirma que se o valor apurado com a venda do bem não for bastante para extinguir a obrigação, **o restante do crédito em aberto**, conquanto não possa ser exigido fora da recuperação judicial do devedor, pode ser habilitado pelo credor no processo de soerguimento.

A propósito:

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO DA EXECUÇÃO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DEVEDOR FIDUCIANTE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE PELO FIDUCIÁRIO. VENDA DO BEM.

EXTINÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. VALOR ARRECADADO INSUFICIENTE PARA O PAGAMENTO DA DÍVIDA. SALDO DEVEDOR. NATUREZA QUIROGRAFÁRIA. SATISFAÇÃO DO REMANESCENTE DA DÍVIDA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. A princípio, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem móvel ou imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005.

2. Porém, no caso dos autos, o bem alienado fiduciariamente em garantia já foi objeto de apreensão judicial e adjudicado ao exequente, com a consolidação da propriedade e sua posterior alienação.

3. Desse modo, o presente conflito de competência é circunscrito à definição do Juízo perante o qual devem prosseguir os atos tendentes à satisfação do remanescente do crédito derivado de contrato de alienação fiduciária em garantia, visto que a consolidação da propriedade do bem dado em garantia, e sua consequente e necessária alienação, não foi suficiente para a quitação integral da dívida.

4. Segundo a doutrina e os precedentes específicos desta Corte, **no caso de alienação fiduciária em garantia, consolidada a propriedade e vendido o bem, o credor fiduciário ficará com o montante arrecadado, desaparecendo a propriedade fiduciária. Eventual saldo**

devedor apresenta natureza de dívida pessoal, devendo ser habilitado na recuperação judicial ou falência na classe dos credores quirografários.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Recuperação Judicial." (CC 128.194/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/6/2017, DJe 1º/8/2017 – raiou-se).

Seguindo o mesmo raciocínio, de que a dívida não se extingue por inteiro se o valor apurado com a venda do imóvel não for suficiente para a sua satisfação integral, cai por terra a alegação de que a alienação extrajudicial constitui forma de execução menos gravosa para o executado, podendo o credor, portanto, abrir mão do procedimento de alienação extrajudicial (sem implicar renúncia à garantia), preferindo executar todo o seu crédito judicialmente, desde que possua título executivo líquido, certo e exigível.

Além disso, como bem destacou o acórdão recorrido,

"(...) a opção pela via judicial afigura-se, até mesmo, mais vantajosa ao devedor, por permitir-lhe a apresentação de defesa por meio de embargos, podendo exercer amplamente seu direito de defesa em juízo, inclusive com a produção de provas, se necessário, o que não é possível no âmbito do procedimento extrajudicial" (e-STJ fl. 1.312).

Em uma interpretação mais voltada à literalidade da norma, Melhim Namem Chalhoub, apesar de entender que a cobrança de eventuais valores remanescentes dependeria de mudanças na legislação, reconhece a necessidade de adequação legislativa do instituto da alienação fiduciária de imóvel, de modo a limitar a responsabilidade do devedor somente para operações merecedoras de tutela especial, a exemplo do financiamento habitacional.

Confira-se:

"(...) outro aspecto merecedor de reflexão é o **critério de extinção da dívida e de exoneração das responsabilidades dos contratantes**, instituído pelos §§ 2º, 5º e 6º do art. 27 da Lei 9.514/1997.

Esse critério é nota dissonante no conjunto normativo que adapta a propriedade resolúvel ao regime jurídico dos direitos reais de garantia, a que nos referimos anteriormente.

Para melhor compreensão das distorções provocadas por essa norma, recorde-se que **a extinção da dívida independentemente de sua amortização integral tem como precedente a Lei 5.741/1971**, que institui procedimento especial de **execução judicial do crédito hipotecário habitacional vinculado ao SFH**. Trata-se de **norma excepcional** pela qual o imóvel é adjudicado compulsor-

riamente ao credor hipotecário caso não haja lance suficiente para amortizar integralmente o saldo devedor, ficando o devedor exonerado da sua obrigação.

O tratamento diferenciado dado ao crédito habitacional foi justificado no início da década de 1970 pela necessidade de compensar a situação de desvantagem do adquirente ante os elevados índices de inflação registrados na ocasião. Naquele ambiente inflacionário, a correção monetária tornava o valor do saldo devedor superior ao do imóvel, de modo que, se houvesse arrematação por preço de mercado (inferior ao valor da dívida), remanesceria saldo devedor de responsabilidade do adquirente de moradia.

Ante o claro risco de superendividamento, sobreveio a regra excepcional da Lei 5.741/1971 para limitar a responsabilidade do devedor mediante entrega do imóvel ao credor em pagamento da dívida, exonerado o devedor da responsabilidade por eventual remanescente, observando Araken de Assis que, 'em tempos de crise econômica, o imóvel vale menos do que a dívida, beneficiando o devedor, que a solverá integralmente tão só pagando o respectivo valor.'

A Lei 9.514/1997 inspirou-se nessa norma ao regulamentar a propriedade fiduciária de bens imóveis em garantia, mas, em vez de restringir essa regra excepcional às dívidas decorrentes de financiamento habitacio-

nal, instituiu-a como regra geral, subvertendo o regime jurídico dos direitos reais de garantia (Código Civil, arts. 586, 1.366 e 1.419) e podendo dar causa a **desequilíbrio da execução e enriquecimento sem causa**, seja do credor ou do devedor.

Como se sabe, **a alienação fiduciária pode ser contratada em garantia de quaisquer operações de crédito e vem sendo empregada em larga escala no mercado financeiro**, em garantia de empréstimos empresariais destinados a capital de giro, em geral formalizados mediante emissão de Cédula de Crédito Bancário (CCB). **Essas operações devem submeter-se às regras gerais de execução de créditos**, não sendo, obviamente, merecedoras de tutela especial que exonerar a empresa devedora do pagamento do saldo devedor que remanescer, caso, no leilão, não se apure quantia suficiente para amortização integral da dívida.

Há também inúmeros empréstimos sem finalidade específica, para pessoa física, conhecidos no jargão do mercado como *home equity*, que igualmente não são merecedores de tutela especial.

Para se aquilatar o risco de desproporção na execução desses créditos, observe-se que a razão entre o valor do empréstimo e o do imóvel é de, no máximo, 60% nos créditos destinados a lastrear a emissão de Letras Imobiliárias Garantidas (LIG), de que trata a Lei 13.097/2015.

Dada essa relação entre o valor do crédito e o do imóvel objeto de alienação fiduciária, é possível que, se o devedor tiver amortizado razoável parcela da dívida, o saldo devedor no momento da execução corresponda a menos de 50% do valor da avaliação do imóvel. Nesse caso, se o imóvel for arrematado no segundo leilão pelo valor do saldo devedor, como permitido pela Lei 9.514/1997, a arrematação pode ser invalidada por caracterização de preço vil (CPC, arts. 891 e 903, § 1º, I).

O mesmo pode ocorrer nos empréstimos garantidos por propriedade fiduciária de terreno no qual o devedor fiduciante venha a edificar com recursos próprios, pois nesse caso o valor da construção pode não estar compreendido no cálculo do saldo devedor e, portanto, seu montante poderá ser inferior a 50% do valor da avaliação no momento da execução.

Independentemente do risco de arrematação a preço vil, pode até ocorrer a esdrúxula situação de 'oferta a preço vil', pois a eventual redução do saldo devedor a valor inferior a 50% do valor da avaliação criará uma situação de difícil solução, ante a norma do § 2º do art. 27 da Lei 9.514/1997, que obriga a oferta pelo valor do saldo devedor, e a dos arts. 891 e 903, § 1º, do CPC, que considera vil o lance inferior a 50% do valor da avaliação.

A situação anômala caracterizada pela **exoneração de responsabilidade do deve-**

dor fiduciante independentemente de amortização integral da dívida, instituída pelos §§ 2º, 5º e 6º do art. 27 da Lei 9.514/1997, evidencia que, apesar de o direito positivo brasileiro ter cuidado de adequar a propriedade resolúvel à função de garantia, essas **normas não se conformam plenamente ao regime jurídico dessa categoria de direito real.**

Essa anomalia, aliada ao fato de que não mais subsiste a conjuntura econômica que justificara a exoneração de responsabilidade do devedor na década de 1970 e, ainda, a importantes alterações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no procedimento de execução, tornam necessária a adequação da Lei 9.514/1997 às normas desse Código relacionadas ao **princípio do equilíbrio da execução** e, ainda, recomendam a aplicação restritiva da limitação da responsabilidade do devedor às operações de financiamento habitacional.

Para esse fim, submetemos ao debate **sugestão de alteração da Lei 9.514/1997** pela qual a **realização da garantia fiduciária de bem imóvel seja submetida à regra geral do art. 1.366 do Código Civil**, segundo a qual, **se o produto do leilão não bastar para pagamento da dívida, encargos e despesas da execução, o devedor fiduciante responde pelo saldo remanescente, cobrável por ação de execução.**

Para adequação ao art. 891 do CPC, deve ser exigido lance mínimo correspondente ao montante da dívida e encargos ou 50% do valor da avaliação, o que for maior. Nesses termos, seria explicitamente afastado o risco de arrematação por preço vil, que poderia ocorrer, já que a regra do § 2º do art. 27 da Lei 9.514/1997 autoriza a venda no segundo leilão pelo valor do saldo devedor, sem, contudo, fazer ressalva ao referencial que só veio a ser estabelecido pelo CPC em 2015.

Além disso, cria-se oportunidade de apuração de saldo a favor do devedor no segundo leilão, o que não ocorreria se vendido o imóvel pelo valor do saldo devedor, como permitido pelo § 2º do art. 27 da Lei 9.514/1997.

Nos 15 dias que se seguirem ao leilão, o credor fiduciário entregará ao devedor fiduciante a quantia que exceder ao montante da dívida, encargos e despesas da execução, depois de satisfeito seu crédito com os encargos e pagas as despesas da execução.

Caso sejam infrutíferos os dois leilões, o credor fiduciário entregará ao devedor fiduciante a quantia correspondente à diferença, se houver, entre o montante da dívida, encargos e despesas da execução e 50% do valor da avaliação.

Em caráter excepcional, na execução de créditos oriundos de financiamento habitacional, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o devedor fiduciante da responsabilidade

de pelo remanescente, caso no segundo leilão não haja lance igual ou superior ao valor do saldo devedor ou a 50% do valor da avaliação, o que for maior.

Essa regra excepcional integraria o art. 26-A e seus parágrafos da Lei 9.514/1997, que abarca as normas especiais aplicáveis especificamente aos **f i n a n c i a m e n t o s** habitacionais." (ob. cit., págs. 222-223 - grifou-se)

Ressalta-se, a propósito, que essa notória impropriedade da lei tem sido paulatinamente corrigida, a exemplo das modificações perpetradas pelas Leis nºs 13.476/2017 e 13.986/2020, por meio das quais se passou a estabelecer, para o **contrato de abertura de limite de crédito** e para a **Cédula Imobiliária Rural (CIR)**, respectivamente, a **possibilidade de o credor cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito** na hipótese em que o produto da alienação da garantia não for igual ou superior ao valor da dívida, somado ao das demais despesas.

De todo modo, a despeito das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da possibilidade de cobrança do saldo remanescente da dívida após a execução extrajudicial, ao credor fiduciário é dada a faculdade de executar a integralidade de seu crédito judicialmente, desde que o título

que dá lastro à execução seja dotado de todos os atributos necessários – liquidez, certeza e exigibilidade.

4) Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

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(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “Juris Tantum” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu *site* na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

[]-2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso –

relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). *In*: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de < > (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do *site*) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n.º 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

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

Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

****O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.**