

Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA | Ano XX | N.º 36 | 436p | Mai 24

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.36, 2024

Semestral

ISSN: 1808-5822

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

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

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

Tiragem: *300 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Marcelo Quevedo do Amaral (CETEN-DF)

Vice-Presidente

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (GEJUR-RO)

1º Secretário

Gabriel Augusto Godoy (CEAJU-SP)

2ª Secretária

Fabiola Oliveira Alencar (Natal)

1ª Tesoureiro

Duílio José Sanchez Oliveira (São José dos Campos)

2ª Tesoureira

Anna Claudia de Vasconcellos (GEATR-DF)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Brasília)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Marcelo Dutra Victor (CEATR-MG)

Diretora de Honorários Advocaticios

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (CEATR-CE)

Diretor de Negociação Coletiva

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

Diretor de Prerrogativas

Sandro Cordeiro Lopes (Niteroi)

Diretor Jurídico

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretora Social

Linéia Ferreira Costa (Salvador)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Marcelo Quevedo do Amaral

Marcelo Dutra Victor

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

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

Antonio Carlos Ferreira

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

Bruno Queiroz Oliveira

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

Cacilda Lopes dos Santos

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

Carolina Reis Jatobá

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

Clarissa Bueno Wandscheer

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

Cláudio Gonçalves Marques

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

Davi Duarte

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

Eurico Soares Montenegro Neto

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

Felipe de Vasconcelos Soares Montenegro Mattos

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

Gryecos Attom Valente Loureiro

Doutor em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa de Brasília – IDP/DF. Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC/MG. Pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial-MBA pela FGV-RJ e em Direito Processual Civil pela UNISC/RS. Professor universitário. Advogado da CAIXA no Distrito Federal. Ex-diretor jurídico da CAIXA e subsidiárias.

Iliane Rosa Pagliarini

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

João Batista Pinto Silveira

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

João Pedro Silvestrin

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

Juarez de Freitas

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

Kátia Aparecida Mangone

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

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

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

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

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

Manuel Munhoz Caleiro

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

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta

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

Reis Friede

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

Roberto Di Benedetto

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

Vera Regina Hippler

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

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Davi Duarte (Aposentado/Porto Alegre)

Carla Ivo Pelizaro (CEPVA-MS)

Luiz Fernando Padilha (CEPVA-RJ)

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (CEAJU-RS)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

Membros Suplentes

Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)

Cláudio Gonçalves Marques (Belo Horizonte)

Raquel Bragança de Oliveira (Rio de Janeiro)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Rodrigo Trassi de Araujo (Bauru)

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)

Cláudia Elisa de Medeiros Teixeira (CEPVA-RN)

Membros Suplentes

Camila Modena Bassetto Ribeiro (São Paulo)

Júlio Vitor Greve (Aposentado/DF)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
PARTE 1 – ARTIGOS	13
<i>Fake news, deepfake e outras ameaças virtuais: os desafios da responsabilidade civil na rede mundial de computadores</i>	
<i>Gustavo Tanger Jardim</i>	15
Governança corporativa em empresas estatais: reflexões a partir da ADI 7331/DF e do PL 28966/2022	
<i>Guilherme Lohmann Togni</i>	29
Trilhando o caminho da equidade: desafios, avanços e perspectivas na atuação das mulheres advogadas no Brasil	
<i>Bruna Paula da Costa Ribeiro, Natalia Ribeiro Linhares e Marcos Délli Ribeiro Rodrigues</i>	49
Luz e força para as pessoas humanas e originárias	
<i>Silvia França de Souza Morelli e Bianco Souza Morelli</i>	75
Sistema de precedentes e sua aplicação no processo do trabalho	
<i>Maria da Graça Manhães Barreto</i>	95
Da alienação de bens gravados com penhor rural no processo de recuperação judicial	
<i>Paola Cristina Rios Pereira Fernandes</i>	123
Constitucionalização do direito administrativo: atos, contratos e processo administrativo como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais	
<i>Marcus Vinicius Fernandes e Milena Souza Domith</i>	157
A importância das medidas executivas atípicas na execução fiscal e na execução comum	
<i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira e Fernando Elias Pinto</i>	183
Breves considerações sobre a responsabilidade civil de terceiros	
<i>André Luis de Sousa Miranda Cardoso</i>	207

Legal Design: mudança de paradigma na cultura jurídica. É possível fazer os argumentos serem apreciados pelo juízo?	
<i>Camila Modena Bassetto Ribeiro</i>	229
A inseminação caseira e o necessário registro da dupla maternidade	
<i>Bianca Zoehler Baumgart Crestani</i>	253
A inconstitucionalidade da norma que autoriza o pagamento dos honorários sucumbenciais ao advogado público/defensor público	
<i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira</i>	273
Aposentadoria especial e as alterações da EC 103/2019	
<i>Bruna da Matta Matos</i>	293
JURISPRUDÊNCIA	311
Supremo Tribunal Federal	
<i>Alienação fiduciária em garantia. Bens imóveis. SFI. Lei nº 9514/97. Constitucionalidade. Repercussão geral</i>	313
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Execução. Extinção. Prescrição intercorrente. Honorários sucumbenciais. Corte Especial</i>	383
Tribunal Superior do Trabalho	
<i>Caixa Econômica Federal. Diferenças salariais. Inclusão das parcelas CTVA e Gratificação de Função na base de cálculo do Adicional por Tempo de Serviço</i>	417
PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO	431

APRESENTAÇÃO

Prestes a completar 20 anos de criação, a *Revista de Direito da ADVOCEF* vem se firmando no cenário doutrinário nacional como uma publicação jurídica pluralista e diversificada.

Com edições semestrais contínuas desde 2005, a Revista orgulha a Associação que a patrocina, bem como os advogados seus integrantes, dada a riqueza de seu conteúdo e a envergadura de seus colaboradores.

A edição 36, como mostram as páginas que se seguem, bem exemplifica a linha seguida pela entidade.

Acompanhando as tendências do pensamento jurídico contemporâneo, o volume contempla assuntos os mais diversos e ricos.

Artigos sobre as ameaças virtuais e suas consequências no terreno da responsabilidade civil, sobre a influência do *legal design* no trato da condução processual, são oferecidos aos leitores em comunhão com alguns temas clássicos da ciência jurídica, com abordagem atual e inovadora, tais como o tratamento dado na recuperação judicial a bens gravados com penhor rural.

Temas sempre candentes, oferecidos por olhares cultos e repletos de saber e erudição.

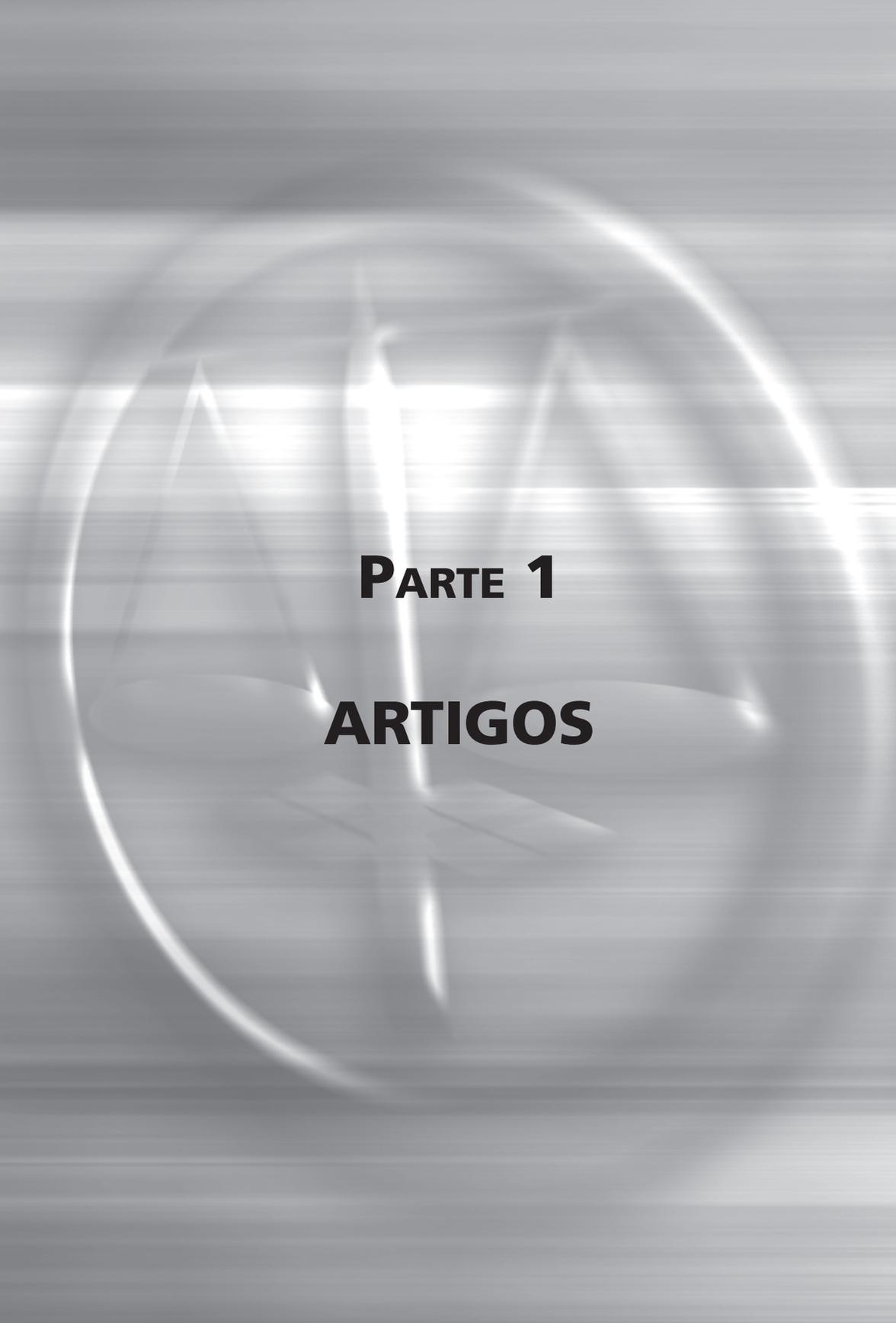
Artigos produzidos por autores integrantes dos quadros técnicos da CAIXA, assim como por profissionais externos à instituição, conferem plúrimos pontos de vista sobre assuntos atuais, polêmicos e sempre necessários conhecer, demonstrando um crescente aprimoramento técnico da publicação.

Conhecimento compartilhado é saber que se mantém vivo e capaz de aprimorar-se constantemente.

Fiquemos atentos e valorizemos a riqueza representada pela cultura, chama inapagável do gênero humano.

Boa leitura!

Diretoria Executiva da ADVOCEF



PARTE 1

ARTIGOS

Fake news, deepfake e outras ameaças virtuais: os desafios da responsabilidade civil na rede mundial de computadores

Gustavo Tanger Jardim

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul

Mestre em Direito Civil pela UFRGS

MBA em Gestão Estratégica de Pessoas UNIRITER/RS

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo realizar um exame refletido sobre as ameaças virtuais e as consequências jurídicas dos que abusam do direito à liberdade de manifestação na internet. Para atingir esse escopo, será realizada uma análise partindo do direito civil-constitucional, dada sua inegável pertinência. Na busca de sedimentar as bases jurídicas conceituais sobre a liberdade de expressão na rede mundial de computadores, o trabalho aprofunda os pressupostos da responsabilidade civil e verifica como os abusos estão sendo combatidos pelos tribunais superiores, especialmente *fake news*. Não bastasse isso, o estudo, ainda, atravessa as novas ameaças ligadas ao avanço tecnológico, especialmente a Inteligência Artificial, que é utilizada para a criação de *deepfakes*.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Rede mundial de computadores. Responsabilidade civil. *Fake News - Deepfakes*.

ABSTRACT

The study aims to carry out a reflective examination of virtual threats and the legal consequences of those who abuse the right to freedom of expression on the internet. To achieve this scope, an analysis will be carried out based on civil-constitutional law, given its undeniable relevance. In the quest to consolidate the conceptual bases on freedom of expression on the world wide web, the work delves into the assumptions of civil liability

and verifies how abuses are being combatted by higher courts, especially *fake news*. If that wasn't enough, the study also covers new threats linked to technological advancement, especially Artificial Intelligence, which is used to create *deepfakes*.

Keywords: Freedoms. World Wide Web. Responsibility. *Fake News*. *Deepfakes*.

Introdução

Após a redemocratização do Brasil, foram necessários muitos embates jurídicos para delimitar os contornos jurídicos da liberdade de expressão. Com o advento da Constituição de 1988 e da análise exaustiva dos termos da Lei de Imprensa pelo Poder Judiciário, surgiu a crença de que a sociedade brasileira alcançara certa estabilização sobre o tema. Na busca de segurança jurídica e pacificação social, a Corte Constitucional brasileira não poupou esforços para mitigar ameaças à liberdade e conter pontualmente os abusos que, eventualmente, eram cometidos. Contudo, a dinâmica experimentada pela digitalização das relações sociais impôs um grande desafio àqueles que entendiam que o assunto não poderia gerar novos sobressaltos. O surgimento de novas tecnologias destruiu o imaginário de uma sociedade estratificada, tipicamente oitocentista, na qual as interações sociais eram escassas e os espaços no palco social estavam delimitados. No novo modelo social, os locais de debate foram reabertos sem regras específicas para sua ocupação, ou seja, todos poderiam ocupá-los e manifestar opiniões de maneira livre. Não restam dúvidas de que esse novo panorama merece ser saudado, pois figura extremamente benéfico aos que buscam uma sociedade mais justa e igualitária, com oportunidades para todas as pessoas. No entanto, essa quebra criada entre o tangível e o mundo virtual gerou profundas incertezas que demandariam atenção por parte dos poderes constituídos.

A criação de aplicativos de conexão entre pessoas com a consequente digitalização das relações sociais alterou substancialmente a forma de interação interpessoal. Trata-se de um fenômeno em grande expansão, sendo os aplicativos mais conhecidos o *Facebook*, *Instagram*, *Linkedin*, e "X" (antigo *Twitter*). Por meio dessa tecnologia, as pessoas ganharam uma potente ferramenta para difundir suas ideias e crenças, superando a realidade que antes era restrita às praças, aos pequenos grupos de familiares ou a amigos. Esse é um fato relevante que encurtou

distâncias e uniu pessoas, bem como ampliou a difusão de conhecimento e a troca célere de informações. Por outro lado, essa interação se transforma, não raras vezes, em “fato jurídico”, mais especificamente, “ato jurídico em sentido amplo”, os quais causam danos a ser indenizados, segundo os pressupostos basilares da responsabilidade civil.

Ao lado das benesses e facilidades criadas pela tecnologia digital, também emergiram novos espaços férteis ao antijurídico. No período anterior à massificação das comunicações pela internet, as notícias e informações eram consumidas pela população mediante a grande imprensa ou meios de comunicação oficiais. Após a transformação digital, passamos a conhecer um novo espaço social, onde o risco de propagação de informações inverídicas é uma realidade. Nesse ponto, reside o desafio desta breve reflexão, qual seja, entender como é exercida a liberdade de expressão dentro da nova realidade do ciberespaço, analisando os limites encontrados na doutrina, na lei e nos julgados dos tribunais superiores.

1 A rede mundial de computadores e os danos ocasionados pela má utilização da inteligência artificial

Não estamos mais autorizados a desconsiderar a existência de novas tecnologias da informação e comunicação, eis que estão presentes em nosso cotidiano. Sem medo de cometer exageros, com o surgimento da internet, smartphones, tablets e notebooks, é possível afirmar que estamos conectados até enquanto dormimos, considerando que as informações repassadas durante o período de descanso ficam represadas. É um novo caminho sem volta. Estamos gradualmente virtualizando as formas de interação com o mundo. Atento a essa realidade, o filósofo Pierre Lévy ponderou que reduzir essas novas tecnologias a meros instrumentos de produção de textos ou imagens “equivale a negar sua fecundidade propriamente cultural, ou seja, o aparecimento de novos gêneros ligados à interatividade. O computador é, portanto, antes de tudo um operador de potencialização da informação” (LÉVY, 1996, p.41).

As novas tecnologias galgaram prestígio na esfera vinculada à vida privada das pessoas, da mesma forma que revolucionaram os modos de circulação de informações e riquezas. Décadas atrás, esperávamos dias para receber e responder cartas, conferir publicações em jornais e revistas. Hoje, somos bombardeados por mensagens eletrônicas e informações online, imediata-

mente após a sua ocorrência. Como previsto por Bill Gates nos meados dos anos 1990 na sua obra *A estrada do futuro*, a conexão à internet configuraria um verdadeiro marco histórico e inauguraria a “era da informação”. A obra profetiza:

uma revolução está em marcha, tão importante quanto a invenção da imprensa por Gutenberg ou a revolução Industrial. Estamos no limiar de uma nova era tecnológica, que vai transformar a natureza da existência humana, mudando para sempre a maneira de trabalhar, estudar, comprar, escolher e relacionar-se com o mundo (GATES, 1995, p. 05).

A revolução prevista por Bill Gates estava correta, e a forma como nos relacionaríamos com o mundo jamais seria a mesma. Ao mesmo tempo, muitos não perceberam que, em um piscar de olhos, a relação com a mídia impressa estava sucumbindo, eis que se tornara gradativamente obsoleta perante a agilidade da rede mundial de computadores. Ensina Cristiane Mello:

É fácil concluir que qualquer expressão do pensamento lançada nas redes sociais poderá atingir um grande número de indivíduos, em qualquer parte do mundo e numa velocidade muito grande. Tais características terão, obviamente, peso na avaliação do juiz quando da ponderação de interesses, sobretudo quando constatar que houve lesão a direitos fundamentais. Outra questão a ser considerada é que a Internet revolucionou o modo como as pessoas trabalham, usam suas horas de lazer e, principalmente, como se comunicam. Em verdade, representa uma revolução de costumes, pois a comunicação virtual é cotidiana e assume, cada vez mais, o espaço do diálogo oral. (MELLO, 2014, p. 14)

Percebendo a transposição de paradigmas e o aparente hiato regulatório que foi gerado, oportunistas verificaram que muitas pessoas se relacionavam com as informações virtuais como se fossem verídicas, da mesma maneira como estavam acostumadas com as renomadas enciclopédias, repletas de respostas baseadas em estudos científicos.

Muitos consumidores de informação via rede mundial de computadores não perceberam que a internet é um ambiente

diverso, tal como um “mural de recados”, onde é possível deixar qualquer mensagem. Algumas dessas manifestações são verdadeiras e úteis, outras são falsas e/ou nocivas. Não há nenhum filtro prévio, e alguns sítios eletrônicos atingiram uma importância ainda imensurável na atual sociedade. Cristiano Chaves Farias lembra que as pessoas se tornaram extremamente dependentes de alguns sites de busca como o Google, afirmando que “é raro que passemos uma semana ou mesmo um dia sem utilizá-lo”. (FARIAS, 2018, p. 914).

Amparados pela sensação de anonimato e contando com a dificuldade tecnológica para rastrear o autor de notícias falsas ou danosas aos diretos de alguém, a rede mundial de computadores se tornou um ambiente fértil para abusos. Muitos debates foram travados por juristas sobre a segurança na rede mundial de computadores e já houve avanços, mas a verdade é que muitos ainda a percebem como um vazio jurídico, o que não pode prosperar.

Tornando esse cenário ainda mais complexo, muitos operadores da rede mundial de computadores se apropriam de algoritmos de recomendação de conteúdo para espalhar inverdades em grande escala. E como não bastassem esses desafios, a inteligência artificial (IA) se tornou aliada de alguns malfeitores. Essa nova tecnologia permite manipular mídias e produzir fotos, vídeos e áudios falsos com uma coerência impressionante, as denominadas *deepfakes*. Essa dinâmica torna muito difícil distinguir a realidade do que é falso, e não são raras as vezes que amplia seu potencial danoso ao servir de matéria-prima para *fake news*, maculando, sobremaneira, a honra objetiva das vítimas.

A primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça que aborda esse tipo de ilícito envolve a responsabilidade de uma plataforma informar a primeira URL que compartilhou uma postagem nociva. Afirma a decisão do Ministro Humberto Martins que:

Se é ou não possível pelo título da reportagem ilícita, que foi milhares de vezes compartilhada com o mesmo teor, localizar quem o fez primeiro, tal questão diz respeito à expertise tecnológica, não sendo a seara do recurso especial o ambiente processual propício para tal verificação técnica. Com o avanço tecnológico tão acelerado no mundo contemporâneo, como por exemplo com o crescente número de aplicativos

que realizam a técnica do *deepfake*, não é a instância especial do STJ a seara processual adequada para investigar se realmente não há tecnologia eficiente para identificação do primeiro usuário compartilhador da referida notícia falsa. (BRASIL, 2023-A, p. 6)

Como se observa anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça está vigilante. Entretanto, a comunidade jurídica carece de estudos mais robustos sobre a tecnologia de propagação de conteúdo. Aliás, cabe referir que o artigo 19 da Lei nº 12.965/14 curiosamente afasta a responsabilidade de *Big Techs* diante de “limites técnicos do seu serviço”.

Esse é um ponto que ainda merece ser explorado pelos operadores do Direito, de forma que possamos mitigar a insegurança jurídica que paira no ambiente virtual.

2 Os contornos legais do direito fundamental à liberdade de expressão

A liberdade de expressão figura como um importante fundamento do Estado Democrático de Direito, que deve ser amplamente assegurado por todos os atores sociais. Lembra José Luiz de Almeida Simão que a liberdade de expressão está positivada na Carta Magna no artigo 5º, incisos IV (liberdade de pensamento), IX (liberdade de expressão propriamente dita) e XIV (acesso à informação), e no artigo 220 e seu parágrafo 1º (liberdade de informação) (SIMÃO, 2017, p. 4). Relacionada a uma série de outras liberdades, a de expressão indica a faculdade do ser humano de exteriorizar livremente seu pensamento. Ensina Bruno Miragem que a liberdade de expressão é o “modo como se dá o seu reconhecimento jurídico e, no que se refere à expressão de informações ou pensamentos através de meios de comunicação social” (MIRAGEM, 2005, p. 33), sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro.

Importante frisar, com o escopo de delimitar e subsidiar adequadamente os apontamentos realizados neste estudo, que a liberdade de expressão é o direito-mãe do qual se desdobram diversos outros. Ou seja, o Direito fundamental à liberdade de expressão se configura como gênero “do qual as liberdades de imprensa, pensamento e informação são espécies” (MIRAGEM, 2015, p. 644). Seguindo a tradição do direito continental, a liberdade de expressão está intimamente associada à ideia de declaração de direitos, como observamos no artigo 19 da Decla-

ração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Após, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica –, referendada como uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos, trouxe, em seu artigo 13, a defesa da liberdade de pensamento e de expressão:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas (...).

Como verificamos anteriormente, já é possível entender que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e pode sofrer restrições. É evidente que a ampla liberdade é a regra, mas ela pode ser atingida pela responsabilidade civil quando nos deparamos com o exercício abusivo dessa liberdade. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, foi chamado a decidir sobre o tema na ADPF 572, que versa essencialmente sobre a possibilidade de abertura de inquérito para investigar *fake news* e ameaças disparadas contra a Corte Constitucional. No referido julgamento, ocorreu criteriosa discussão jurídica sobre a possibilidade de investigação, e se o caso estaria amparado pela proteção da liberdade de expressão, que é amplamente prestigiada pela Constituição Federal. Diante da orientação sedimentada ao longo dos anos, eventuais obstáculos à concretização da liberdade de expressão deveriam ser afastados, como ensina Gustavo Tepedino sobre a não recepção integral da Lei nº 5.250/1967 pela Constituição de 1988:

a Suprema Corte conferiu interpretação radical em favor da liberdade de imprensa como fundamento do regime democrático que forja a or-

dem pública interna. Como a brandir: nessa matéria não há meio-termo, não há flexibilização hermenêutica, não há ponderação. Há só liberdade. (TEPEDINO, 2011, p. 111).

A Corte Constitucional ressaltou que não existe a possibilidade de censura prévia. Por outro lado, a regra é a posterior responsabilização civil e penal daquele que cometeu a eventual ilicitude e causou o dano. Não olvidamos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta sobre a proteção da livre circulação de ideias e de manifestações. Por outro lado, as *fake news*, disseminadas especialmente pelas mídias sociais, desafiam o direito e trazem preocupação a todos os que se utilizam das novas tecnologias como fonte de informação. Como já referido, a tecnologia está onipresente e merece receber toda a atenção dos juristas. Ensina Danilo Doneda que os reflexos das ações praticadas no mundo virtual devem ser analisados imediatamente pelo direito, que “deve se mostrar apto a responder à novidade proposta pela tecnologia com a reafirmação do seu valor fundamental, - a pessoa humana - ao mesmo tempo que fornece segurança” (DONEDA, 2019, p. 65).

Não são apenas algoritmos que espalham e divulgam as informações, tampouco usufruem de liberdade de expressão. É por essa razão que o exercício legítimo dos direitos deve estar condicionado à obrigação de fazê-lo dentro de limites adequados, não podendo ser objeto de abuso. Caso não seja observada essa obrigação, emerge a responsabilidade de reparar o dano criado. O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004, p. 1) já se posicionou no sentido de que o direito à livre expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo ilícito ou imoral. A liberdade não é incondicional, e devem ser observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art.5º, § 2º, primeira parte).

A Corte Constitucional reconhece que a liberdade de expressão compreende o direito de informar, de buscar informação, de opinar e de criticar. Contudo, o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra, por exemplo, o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Portanto, a ampla liberdade de expressão é a regra, sendo restrita a poucas exceções que agridem frontalmente outros direitos fundamentais. Nesse sentido, a Corte Constitucional entende que devem ser considera-

dos abusivos os discursos racistas, de ódio, supressores de direitos e tendentes a excluir determinadas pessoas da sociedade.

Seguindo premissas coerentes com a Corte Constitucional, o Superior Tribunal de Justiça também reconhece que os abusos devem ser coibidos após uma análise fática individualizada:

RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. POSTAGEM DE VÍDEO CONTENDO INFORMAÇÕES ALEGADAMENTE FALSAS, PREJUDICIAIS À IMAGEM DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA AUTORA, EM REDE SOCIAL. (...) eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (BRASIL, 2021, p. 1)

Por fim, a discussão sobre a possibilidade de responsabilização civil por atos de terceiros ainda é embrionária sobre o tema, e discussões sobre o Projeto de Lei das *Fake News* (PL 2.630/2020) prometem aprofundar o debate social sobre o combate ao comportamento inautêntico na rede mundial de computadores. De qualquer forma, é inegável que a sociedade anseia pelo aprimoramento das medidas de segurança digital.

3 Liberdade de expressão e responsabilidade civil

Partindo da premissa estabelecida pelos Tribunais Superiores, no sentido de que a liberdade de expressão não admite censura prévia e que a posterior responsabilização do causador do dano é a regra, precisamos transportar esse mecanismo para a esfera de efetivação dos direitos na seara reparatória.

Em primeiro lugar, precisamos reconhecer que a estrutura da responsabilidade civil no Código de 2002 reflete a ideia culturalista de Miguel Reale. O ilustre doutrinador ressalta a importância de considerar a “ética da situação”, abandonando o abstrato e observando o caso concreto em uma relação de adequação entre o meio e o fim, buscando a “justiça social”. O Código Civil trouxe como grande novidade uma ordem filosófica e metodológica, a qual permite a ordenação progressiva dos temas tratados seguindo valores e técnicas que preveem em seu corpo.

Nessa ótica, as controvérsias envolvendo responsabilidade civil – principalmente as ensejadoras de reparação de eventuais danos – passaram por substancial transformação metodológica. A evolução do corpo social e a inserção das novas tecnologias no nosso cotidiano aumentaram os choques entre os interesses pessoais, sobretudo em um mundo excessivamente competitivo, que rapidamente transforma relações de cooperação em conflitos. Com os valores sociais acolhidos pela Constituição Federal de 1988 – prestigiando a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais –, criou-se uma janela de oportunidade para que os pressupostos doutrinários da responsabilidade civil percorressem um caminho dialético com a Lei Maior, ao mesmo tempo em que ocorria a repersonalização do Direito Civil. Como forma de manter a consistência, o Código Civil prestigiou a inserção de cláusulas gerais, reconhecidas como verdadeiras janelas para jurisprudência.

Lembre-se que a Lei Adjetiva assevera que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, motivo pelo qual as cláusulas gerais são presentes do legislador ao julgador. Essa postura emprega dinamismo e a possibilidade de contínua transformação da nossa Lei Civil, conjugando a importância do trabalho sinérgico entre a sistemática legal e os pronunciamentos do Poder Judiciário. Lembra Caenegem que a inegável vantagem da jurisprudência é sua relação íntima com a realidade, pois os juízes, invariavelmente, emitem suas opiniões em casos concretos e, “à medida que a sociedade evolui e se confronta com novas situações e novos problemas, a jurisprudência se vê obrigada a resolver as questões que surgem” (CAENEGEM, 199, p. 241).

Especificamente sobre a ilicitude, o Código Civil nos brindou com uma cláusula geral sobre o tema, no artigo 186, reconhecendo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Da mesma forma, o artigo 187 da nossa Lei Civil refere que 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. Esse arcabouço legislativo aliado ao poder criador da jurisprudência – que consegue verificar os embates com as lentes do cotidiano – são ferramentas importantíssimas no combate às agressões aos direitos fundamentais, especialmente os que causam dano aos direitos da personalidade.

Em relação à liberdade de se expressar/informar, ensina Bruno Miragem que as questões sobre o tema devem estar atreladas “aos deveres de objetividade e exatidão, cujo cumprimento comprova-se pela relação de adequação básica entre seu conteúdo e a realidade fática que o compõe” (MIRAGEM, 2015, p. 665), eis que esses elementos são imprescindíveis para a aferição da regularidade do exercício desse direito fundamental. Caso verificado que as informações transmitidas na rede mundial de computadores consistem em notícias falsas que geram desinformação e ampliam boatos, nos deparamos com um potencial ilícito que, ao gerar dano, merece ser reparado conforme os princípios basilares da responsabilidade civil.

Por outro lado, é importante destacar que, no âmbito criminal, o Superior Tribunal de Justiça reconhece que o mero compartilhamento de postagem de internet sem o *animus* de cometer o ilícito não é suficiente para indicar a ocorrência de delito (BRASIL, 2021, p. 1). De qualquer maneira, não são raras as vezes em que a facilidade de propagação de informações na rede de computadores se transforma em um facilitador para aqueles que, com a intenção de enganar, obter ganhos financeiros ou políticos, se utilizam de sites anonimamente hospedados para difundir notícias falsas.

Evidente que a divulgação de notícias falsas não pode ser compreendida dentro da proteção do direito fundamental à liberdade de expressão, eis que a difusão de discursos abusivos não recebe a proteção legal. Ocorrendo lesão aos direitos da personalidade pela má utilização das redes sociais ou pela propagação de notícias falsas, a vítima pode buscar a indenização dos danos suportados.

Cabe ressaltar, por fim, que o Código Civil ganhou um importante aliado com a publicação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Essa norma criou um instrumental permitindo que a autoridade constituída (mediante decisão judicial) consiga acessar os registros de conexão, rastreando e sancionando eventuais condutas ilícitas perpetradas por usuários da internet e inibindo, de alguma forma, a falsa noção de anonimato no uso das redes.

Por fim, da mesma maneira com que devemos assegurar aos usuários da rede mundial de computadores a liberdade de expressão, também é vital reconhecer que ninguém pode exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim social ou bons costumes, sob pena de configuração de um ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil.

Conclusão

Foi possível verificar, ao longo do estudo, que a Constituição Federal de 1988 considerou a liberdade de expressão como direito fundamental, concedendo o *status* de cláusula pétrea. Ao mesmo tempo, por constituir um valor indissociável da noção de democracia, determinou ao Estado a obrigação de promovê-la e defendê-la.

Por causa desse inegável prestígio, foi construído o imaginário que a liberdade de expressão era um direito fundamental tão poderoso que não estava suscetível a nenhum tipo de limitação. Por evidente, essa assertiva não é correta, uma vez que a Corte Constitucional brasileira foi demandada diversas vezes para decidir sobre eventuais distorções supostamente amparadas nessa liberdade.

Considerando a pesquisa realizada e o raciocínio estruturado ao longo deste artigo, foi possível concluir que a atividade interpretativa de temas vinculados ao Direito Civil deve superar eventuais preconceitos que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Pensando dessa forma, os juristas caminham a passos largos para a construção de uma realidade mais sólida e coerente com a boa técnica jurídica.

Diante da célere transformação social ocorrida nas últimas décadas com o advento da rede mundial de computadores, alguns indivíduos, amparados na sensação de anonimato e contando com a dificuldade de rastrear abusos, malversaram dessa ferramenta criada para divulgar conhecimento e aproximar as pessoas.

Porém, a Tecnologia da Informação está se interligando com o Direito, usando a celeridade que lhe é própria. Por causa disso, torna-se indispensável que o Poder Judiciário reconheça que os danos disseminados no ambiente tecnológico repercutem fortemente na vida real e merecem ser integralmente reparados.

Assim, a doutrina e a jurisprudência se alinham sobre a possibilidade de responsabilizar o propagador de *fake news* e *deepfake*, seguindo o roteiro dos pressupostos da responsabilidade civil. Diante da falsidade do teor da notícia e verificado o dano, haverá violação à lei e o consequente dever de indenizar.

Importante repisar que, apesar do Direito à liberdade, “o falso” não está protegido pela Constituição, eis que nossa Corte Constitucional já se manifestou no sentido de que o preceito fundamental das liberdades não pode constituir-se em salvaguar-

da de condutas ilícitas, como sucede, por exemplo, com os delitos contra a honra.

Por fim, procurando contribuir para o debate desse tema – palpitante e atual –, é de curial importância fazer o alerta de que o instituto da responsabilidade civil está em constante evolução e merece ser pensado e difundido no contexto da sociedade digital.

Referências

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, red. p/ o Ac. Min. Maurício Corrêa, P, j. 17-9-2003, DJe 19-3-2004.
- _____, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 2.089.383, Ministro Humberto Martins, DJe de 25/09/2023. A
- _____, Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.890.786/DF, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023 B.
- _____, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.859.665/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 20/4/2021.
- CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: RT, 2. ed. 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 2018.
- GATES, Bill. **A estrada do futuro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo, 34. ed., 1996.
- MELLO, Cristiane. A liberdade de expressão nas redes sociais. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 157/2014.
- MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SIMÃO, José Luiz de Almeida. A fundamentalidade do direito à liberdade de expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no catálogo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Cadernos do PPGDir/UFRGS**. Edição Digital. Porto Alegre, Vol XII, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo. O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional. **Revista dos Tribunais**, Soluções Práticas, vol. 1, Nov/2011.

Governança corporativa em empresas estatais: reflexões a partir da ADI 7331/DF e do PL 28966/2022

Guilherme Lohmann Togni

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo
Especialista em Direito do Estado pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul
Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS*

RESUMO

O presente artigo examina os institutos de governança corporativa aplicáveis às empresas estatais, à luz das disposições contidas na Lei nº 13.303/2016 e no Decreto nº 8945/2016. Aborda os reflexos dos critérios fixados pela legislação para indicação de pessoas para a alta administração para a boa governança e para o cumprimento da sua missão constitucional, a partir da discussão travada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7331/DF e no Projeto de Lei nº 2896/2022. Conclui pela pertinência da rediscussão da matéria a partir de critérios de ordem técnica.

Palavras-chave: Governança Corporativa. Empresas Estatais. Lei nº 13.303/2016. ADI nº 7331/DF.

ABSTRACT

The article examines the corporate governance institutes applicable to state-owned companies, from provisions contained in Law No. 13,303/2016 and Decree No. 8945/2016. It addresses the consequences of the criteria established by legislation for appointing people to senior management for good governance and for the fulfillment of its constitutional mission, based on the discussion held in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 7331/DF and in the Bill 2896/2022. It concludes that it is appropriate to re-discuss the matter based on technical criteria.

Keywords: Corporate Governance. State Companies. Law nº13,303/2016. ADI 7331/DF.

Introdução

O presente artigo científico propõe-se a examinar a possível existência de reflexos negativos para a Governança Corporativa em empresas estatais decorrentes das proposições contidas no Projeto de Lei nº 2896/2022, bem como o teor da decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7331/DF.

A premissa da qual se parte é a de que o advento da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Empresas Estatais) estabeleceu como pilares para a administração das empresas estatais regras de estruturação e práticas de gestão de riscos e de controle interno, regras de transparência e regras de governança corporativa.

Passada mais de meia década desde o advento da referida Lei, porém, identifica-se que, tanto no Poder Legislativo (por meio do já referido Projeto de Lei nº 2896/2022, quanto no Poder Judiciário (na ADI nº 7331/DF), emergem discussões a respeito de algumas das disposições afetas à governança e à estruturação dos órgãos de alta administração, notadamente no que toca à indicação de nomes para o Conselho de Administração e a diretoria de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Nessa linha, pretende-se examinar se a proposição legislativa e os fundamentos da discussão travada na ADI para questionar a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.303/2016 causam impacto aos princípios de Governança Corporativa e refletem negativamente para a governança das empresas estatais. Por outro lado, busca-se avaliar se as exigências contidas na referida Lei, por vezes mais rígidas do que aquelas previstas para a definição da alta administração em sociedades empresárias privadas, cujo regime jurídico decorre da aplicação das disposições da Lei nº 6404/76, dificultam o cumprimento da missão constitucional das estatais.

O estudo parte de considerações sobre o conceito, princípios e objetivos da Governança Corporativa. Posteriormente, aborda a disciplina constitucional das empresas estatais, visando esclarecer, de início, as hipóteses que autorizam sua criação e funcionamento, e, posteriormente, sobre a missão que lhes é atribuída pela Constituição Federal (CF/88). Em seguida, são apresentados os pilares da administração em empresas estatais e os principais mecanismos de Governança Corporativa aplicáveis a essas entidades, com enfoque nas disposições da Lei nº 13.303/2016 e no Decreto nº 8945/2016, que a regulamenta. Por fim, o

referencial teórico do artigo passa pela apreciação do teor do Projeto de Lei nº 2896/2022, e dos argumentos lançados na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7331/DF, sobretudo aqueles constantes na decisão em sede de tutela provisória incidental proferida pelo então Ministro Ricardo Lewandowski, datada de 16 de março de 2023.

A relevância e a atualidade da pesquisa vêm demonstradas pela atual existência de controvérsia que perpassa os meios político e jurídico, e pelo fato de que o exame das hipóteses suscitadas poderá contribuir para o debate em curso.

1 Governança Corporativa: Definição e Princípios

O conceito de governança é passível de aplicação em diversos campos, e, portanto, difuso, podendo ser identificado como método de gestão de empresa (governança corporativa), como mecanismo de preservação ambiental (governança ambiental) ou, ainda, como forma de combate a episódios de corrupção na esfera pública (governança pública). Todas essas expressões têm em comum a busca pelo aperfeiçoamento de pessoas e instituições. Desse modo, não se trata de um conceito superficial que cuida apenas de promover o funcionamento mais eficiente das instituições, e não se confunde com governabilidade, nem é sinônimo de filantropia ou assistencialismo (Alves, 2001, p. 81). Conecta-se, em verdade, com a teoria da engenharia social paulatina, desenvolvida por Popper (*in* Alves, 2001, p. 81), que descreve um processo de constante aperfeiçoamento da sociedade.

No âmbito da gestão de empresas, escopo da Governança Corporativa, o conceito é relativo à forma como as organizações são dirigidas e controladas. Contempla, também, as diferentes formas e esferas de seu exercício e os diversos interesses que são relacionados à vida das organizações (Blok, 2020, p.317). Permite, portanto, aos acionistas e demais partes interessadas o controle estratégico da organização e o acompanhamento das ações dos gestores, regulando a relação entre acionistas e conselhos, alinhando os objetivos dos *stakeholders* (Marinelli, 2005, p. 57).

Nessa linha, o conceito de Governança Corporativa tem sido utilizado como ferramenta para que as empresas alcancem eficiência, sustentabilidade, produtividade e melhor desempenho institucional (Cunha, Freitas, Araújo, 2020, p. 54).

As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, de modo a alinhar interesses, buscando a preservação e o incremento do valor eco-

nômico da organização, a facilitação do acesso a recursos e o aprimoramento da qualidade da gestão, impactando, assim, na longevidade da organização. Esses princípios permeiam todas as práticas da empresa, e sua adequada adoção resulta em um clima de confiança interno e na relação com terceiros (Blok, 2020, p. 317-320).

No cenário brasileiro, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), entidade da sociedade civil considerada *think tank* da Governança Corporativa¹ e que mantém, entre outras publicações, o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, apresenta a seguinte definição para o instituto (IBGC, 2023, p. 17)

Governança Corporativa é um sistema formado por princípios, regras, estruturas e processos pelo qual as organizações são dirigidas e monitoradas, com vistas à geração de valor sustentável para a organização, para seus sócios e para a sociedade em geral. Esse sistema baliza a atuação dos agentes de governança e demais indivíduos de uma organização na busca pelo equilíbrio entre os interesses de todas as partes, contribuindo positivamente para a sociedade e para o meio ambiente.

Nota-se que a ênfase atribuída pelo IBGC está no conjunto de instrumentos voltados à direção e ao monitoramento das organizações, com foco na geração de valor e na perenidade das entidades.

A adoção de boas práticas de Governança Corporativa resulta em uma série de resultados positivos para as organizações, tais como o aumento do valor das ações da companhia no mercado, maiores garantias dadas aos investidores, maior flexibilidade e menores custos de captação e maior transparência (Marinelli, 2005, p. 65).

De todo o exposto, conclui-se que a Governança Corporativa se relaciona com a melhor forma de gerenciar um ambiente formado por estratégias, pessoas, processos e tecnologia, atribuindo responsabilidades e apontando resultados, com objetivo de demonstrar a transparência do negócio (Marinelli, 2005, p. 57).

Para o IBGC (2023, p. 18), os princípios da Governança Corporativa têm como objetivo conferir sentido às recomenda-

¹ <https://ibgc.org.br/quemsomos>. Acesso em 06 de fevereiro de 2024.

ções apresentadas no Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, para auxiliar em sua interpretação e aplicação, além de suprir lacunas e orientar soluções para situações em que as recomendações não sejam total ou parcialmente aplicáveis, devido à incompatibilidade com as características da organização ou seu nível de maturidade. Em outros termos, além de servir como vetores de interpretação e aplicação das recomendações, os princípios de governança corporativa têm funções de estruturação e integração do sistema.

Nesta senda, a atuação das organizações não deve se dar tão somente em conformidade com a legislação e com regulamentos, mas também orientada por princípios de governança (IBGC, 2023, p. 18).

De acordo com Blok (2020, p. 317-318), são princípios de governança corporativa: a transparência (*disclosure*), a equidade (*fairness*), a prestação de contas (*accountability*) e a responsabilidade corporativa (*compliance*). Verifica-se que a autora lança mão da nomenclatura e dos conceitos adotados até a 5ª edição do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa (IBGC, 2015, p. 20).

Na mais recente atualização do Código, os princípios de governança corporativa são a integridade, a transparência, a equidade, a responsabilização e a sustentabilidade, este último é uma novidade da mais recente edição (IBGC, 2023, p. 18-19)

Por integridade, compreende-se a prática de aprimoramento da cultura ética na companhia, prestigiando-se a lealdade e evitando-se a tomada de decisão influenciada por conflitos de interesse (IBGC, 2023, p. 18).

O princípio da transparência (*disclosure*) está relacionado ao fornecimento e à disponibilidade das partes interessadas, de informações que sejam de seu interesse (Blok, 2020, p. 317-318). Esse conjunto de informações não se esgota naquelas obrigatórias por força de lei ou regulamento, e contempla não apenas dados relacionados ao desempenho econômico da organização, mas também fatores de cunho ambiental, social e de governança. Ao adotar mecanismos de transparência, são favorecidos o ambiente de negócios e a confiança na companhia (IBGC, 2023, p. 18).

Já o princípio da equidade (*fairness*) é aplicável ao tratamento dispensado pela companhia aos sócios e às partes interessadas, o qual deve ser isonômico (Blok, 2020, p. 317-318). A companhia deverá dispensar tratamento justo, motivado por critérios de respeito, diversidade, inclusão, igualdade e pluralismo,

o que pressupõe abordagem diferenciada, conforme a relação mantida com cada interessado (IBGC, 2023, p. 19).

O princípio da responsabilidade (*accountability*) põe ênfase no dever de diligência e da obrigação de prestação de contas, que deve nortear a atuação dos agentes de governança (IBGC, 2023, p.19), os quais devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo a responsabilidade por seus atos e omissões (Blok, 2020, p. 318).

Por último, o princípio da sustentabilidade cuida do dever de zelar pela viabilidade da organização do ponto de vista econômico-financeiro, mas não apenas deste. Nessa linha, deverão ser considerados os diversos capitais existentes e a relação de interdependência com os diferentes ecossistemas (IBGC, 2023, p. 2019).

Do exposto, tem-se que os princípios de governança corporativa encerram um conjunto de mandamentos de otimização das atividades das organizações, que mais recentemente avançam para além da preocupação com a viabilidade e o resultado econômicos, mas também vislumbrando a perenidade e a sustentabilidade, com vistas à preservação do seu protagonismo perante a sociedade.

2 Disciplina Constitucional das Empresas Estatais

A Constituição Federal modula a Ordem Econômica no Brasil, apresentando um sistema obrigatório de funcionamento da economia que abrange o setor público e o setor privado, sendo possível encontrar os comandos jurídicos finalísticos para a organização geral da economia brasileira, prioritariamente nos artigos 1º, 3º, 4º, 6º, 170, 193 e 219 da CRFB/88. Tais comandos promovem a articulação jurídica simultânea de duas ordens de soberania para a economia brasileira: a soberania popular e a econômica (Octaviani e Nohara, 2019, p. 57-60).

A Constituição, portanto, é depositária dos objetivos socioeconômicos do Estado, de modo que, a partir de seus princípios, as atribuições conferidas à Ordem Econômica têm por função levar o homem à satisfação das suas necessidades. Por tal razão, a participação do Estado na economia não se trata de uma opção política de determinado grupo que, ocasionalmente, ocupa posições de poder, mas, sim, uma baliza constitucional do Estado Democrático de Direito (Coelho, 2020, p. 183).

O sistema constitucional estrutura a economia brasileira a partir de “objetivos”, “fins” e funcionalizações, e a Administra-

ção Pública, na qual as empresas estatais estão inseridas, é uma estrutura voltada a concretizar esses fins. A soberania é referida como fundamento da República (art.1º, inciso I), bem como princípio da Ordem Econômica. Temas relacionados à esfera econômica são elencados como objetivos fundamentais da República (artigo 3º), enquanto o artigo 219 combina comandos relativos à capacidade produtiva e redistributiva da economia. A soberania popular e a soberania econômica encontram-se soldadas na concretização do objetivo do desenvolvimento nacional, e as empresas estatais são instrumentos desse projeto constitucional. Existem, portanto, para cumprir a Constituição, o que se dá a partir do atendimento do interesse público, seja pela estruturação para prestar serviço público ou para exercer atividade econômica em sentido estrito (Octaviani e Nohara, 2019, p. 61-64).

Na forma do artigo 173 da CRFB/88 (Brasil, 2024), os interesses jurídicos legitimadores da criação e atividade de empresas estatais são o imperativo da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

A segurança nacional, no atual contexto constitucional, cuida de conceito relativo à defesa nacional. Ainda assim, a exploração da atividade econômica em sentido estrito estará justificada apenas quando houver imperativo de segurança nacional (Grau, 2010, p. 286). Já o relevante interesse coletivo é uma categoria que busca sua fonte do programa de desenvolvimento contido na Constituição e nas políticas públicas econômicas que, por ela, são estruturadas e anunciadas (Octaviani e Nohara, 2019, p. 67).

No cenário exposto, tem-se que a Constituição Federal estrutura um modelo de ordem econômica que estabelece determinados fins, notadamente voltados à soberania e ao desenvolvimento do país (Octaviani e Nohara, 2019, p. 57-60). O texto constitucional reserva para o Estado participação nesse mister, de modo que sua presença na economia não se trata de uma mera opção de determinados grupos que ocupam o poder (Coelho, 2020, p. 183). Ou seja, a missão pública decorrente da Constituição independe de opção política. As empresas estatais, integrantes da Administração Pública, serão instrumentos para a ação do Estado, servindo para o cumprimento da missão constitucional que lhe foi atribuída (Octaviani e Nohara, 2019, p. 62). A existência e os contornos desse instrumental serão fruto de decisão política, sempre alicerçado nos critérios previstos na Constituição (Octaviani e Nohara, 2019, p. 76).

3 Governança Corporativa em Empresas Estatais

Para Ferraz (2018, p.135-136), a questão da governança corporativa em empresas estatais está vinculada aos atributos de transparência e gestão de riscos. Nesse sentido, o autor entende que, para tais entidades, o conceito se compreende como o complexo de princípios e instrumentos que têm por fito assegurar uma atuação ética de tais empresas, com o compromisso de ensinar o melhor atendimento aos reclamos individuais em clima de harmonia social (eficiência) e de propiciar o pleno controle de suas políticas e seus desempenhos, tudo de sorte a garantir a plena realização ótima de seus fins, ou seja, a melhor administração (Ferraz, 2019, p. 95).

A governança corporativa em empresas estatais diferencia-se, em alguma medida, da compreensão havida para o tema nas empresas privadas. Isso porque, além da exigência às questões que são comuns a ambas as categorias de organizações, deve ser observado o alinhamento aos objetivos das políticas públicas que lhe são confiadas. Nesse sentido, a governança em empresas estatais tende a ser mais complexa, na medida em que, nas empresas privadas, a governança busca, prioritariamente, resolver questões relativas ao interesse de acionistas e administradores, ao passo que, nas estatais, há diferentes problemáticas. No que se refere ao alinhamento entre executivos e acionistas, na medida em que os cidadãos são os proprietários finais dos ativos, mas também usuários dos bens e serviços das empresas. Essa dualidade pode conduzir à tomada de decisões que, em favor do interesse público, prejudiquem o resultado imediato das empresas. Além disso, identifica-se uma relação multifacetada entre as estatais e o governo, que pode, ao mesmo tempo, figurar como cliente, acionista, credor e regulador. Ainda, há a possibilidade de utilização das estatais pelos governantes com o intuito de obtenção de apoios políticos de grupos de interesses (Cunha, Freitas, Araújo, 2020, p. 59-60).

A discussão sobre o aperfeiçoamento da governança em empresas estatais foi aprofundada em anos recentes, incentivada por fatores como o seu impacto no orçamento público, presença em setores relevantes da economia nacional, prestação de serviços públicos e atendimento de políticas públicas, presença em mercados regulados, notadamente no exterior, além de riscos de corrupção e pressões políticas (Cristóvão e Bergamini, 2019, p. 188). Nessa linha, prevalece a compreensão de que a adoção de técnicas de boa gestão, pautada por critérios éticos, será ne-

cessária para o alcance da eficiência de tais organizações (Gomes, 2017, p. 28-30)

O fator “prevenção à corrupção” é apontado de maneira massiva como desencadeador da necessidade de aprimoramento da governança em empresas estatais, e, notadamente, foi o argumento utilizado para justificar a edição da Lei nº 13.303/2016 (Rocha e Fernandes, 2020, p, 246; Dallari, 2019, p. 64; Ferraz, 2019, p. 87, Octaviani e Nohara, 2019, p. 164; Cristóvão e Bergamini, 2019, p. 188).

Heckert, Fenilli e Fernandes (2020, p. 21) entendem que a Lei nº 13.303/2016 é fruto do amadurecimento institucional do país em temas relacionados à gestão, referindo, nesse particular, a atuação do antigo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), hoje Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST), que, mesmo antes da edição da Lei, promovia seminários, publicações e orientações aos dirigentes de Estatais; da Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR), que, no papel de tratar de matérias relacionadas à governança corporativa nas empresas estatais federais e da administração de participações societárias da União, edita resoluções com diretrizes para a atuação das estatais e do Tribunal de Contas da União (TCU), em sucessivos acórdãos que tratam sobre governança em empresas estatais.

Da leitura do artigo 6º do Estatuto das Empresas Estatais, extrai-se a ideia de que o plexo normativo aplicável às estatais deveria abranger, no mínimo, três modalidades de regras, na própria lei objetivadas: a) regras de governança corporativa; b) regras de transparência; c) regras de gestão de riscos e controle interno (Ferraz, 2018, p. 95).

Do exposto, tem-se que é possível identificar que a Lei nº 13.303/2016 veicula preocupações com a melhoria da governança nas estatais, através de regras de transparência, estrutura e práticas de gestão de riscos e controle interno, critérios para a composição da Diretoria Estatutária e de seus Conselhos de Administração e Fiscal, além de mecanismos de fiscalização das empresas pelo Estado e pela sociedade (Heckert, Fenilli e Fernandes, 2020, p. 21).

A efetividade desses comandos é medida pelo governo federal, a partir da SEST, que desenvolveu o Indicador de Governança Estatal – IG-SEST, a partir das dimensões de Gestão, Controle e Auditoria; Transparência das Informações e Conse-

lhos, Comitês e Auditorias. Os resultados obtidos indicam o crescente fortalecimento das práticas de governança das empresas avaliadas no correr dos ciclos avaliativos, relativos ao período de 2016 a 2019, além de tendência de crescimento no lucro líquido (Cunha, Freitas e Araújo, 2020, p. 65-74), dados que demonstram a adequação da Lei nº 13.303/2016 ao seu propósito inicial de aprimoramento da gestão das estatais.

Um dos aspectos de maior impacto decorrentes da edição da Lei nº 13.303/2016 é o estabelecimento de parâmetros para a indicação de gestores de conselheiros das empresas estatais, com a inclusão de determinados requisitos para os cidadãos indicados aos cargos de membros do Conselho de Administração e Diretoria, com o objetivo de reduzir a discricionariedade nas escolhas e reduzir pressões de ordem político-partidária. Tais regras representam prestígio à qualificação técnica, ao fomento da capacitação do corpo funcional das empresas e ao maior comprometimento da alta gestão com os princípios de governança corporativa (Cristóvão e Bergamini, 2019, p. 201-202).

No que é particular ao estudo que se pretende realizar, identifica-se que a Lei nº 13.303/2016 e o Decreto nº 8945/2016, o qual regulamenta a Lei no âmbito da União, estabelecem requisitos e vedações para a atuação no Conselho de Administração e na Diretoria das estatais. De acordo com Fernandes (2020, p. 101), os requisitos foram divididos nos níveis de experiência profissional, formação acadêmica e requisitos relativos à conduta social. Além disso, a Lei estabelece vedações e restrições, sendo que todo esse conjunto de regras está previsto no artigo 17 da Lei.²

² Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

- a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexa àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou
- b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:
 1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;
 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

A respeito da conduta social, os requisitos são o da cidadania, que, pela conjugação com o dispositivo constante no inciso III, deve ser a brasileira, na medida em que o referido dispositivo exige o não enquadramento às hipóteses de inelegibilidade previstas pela Lei Complementar nº 64/90; reputação ilibada e notório conhecimento, que, na visão consagrada pela Lei nº 8666/93, decorre de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações ou outros requisitos relacionados com suas atividades, os quais permitam inferir que o seu trabalho é essencial e adequado à satisfação do objeto a ser executado (Fernandes, 2020, p. 101-106).

No que se refere à experiência profissional, além da exigência de formação acadêmica compatível com o cargo, havendo no Decreto nº 8945/2016 a eleição de áreas preferenciais (Administração Pública, Ciências Atuariais, Ciências Econômicas, Comércio Internacional, Contabilidade ou Auditoria, Direito, Engenharia, Estatística, Finanças, Matemática ou curso aderente à área de atuação da empresa para a qual foi indicado); o legislador elencou no artigo 17 três alíneas, sendo que na alínea b são previstos três requisitos, dos quais o candidato deverá atender apenas a uma delas. Conforme Fernandes (2000, p.102-103), a comparação entre as alíneas permite identificar que somente as hipóteses previstas na alínea b revelam atos de gestão, enquanto as demais tão somente, cronologia na função. A despeito da aparente crítica apresentada pelo autor, entende-se que o prestígio à cronologia na área de atuação acaba por prestigiar o quadro de carreira das estatais, na medida em que esse requisito permite o recrutamento de empregados de carreira para a alta administração das empresas estatais.

Já as restrições e vedações estão previstas no artigo 17§§2º e 3º³, dispositivos de redação bastante objetiva. Fernandes (2020, p. 103-104) apresenta algumas considerações relevantes. Escla-

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

rece, de início, que o dispositivo constante no inciso I restringe relações jurídicas em ocorrência no mesmo tempo, com qualquer ente da federação, o que é corroborado pela previsão contida ao final, que reafirma a incidência da vedação, ainda que durante período de licença. Desse modo, a norma não incide para coibir vínculos pretéritos, já extintos. Já na hipótese do inciso II, o qual contempla o dispositivo questionado na ADI nº 7331/DF, o legislador apresenta vedação às pessoas que tiveram relação com partidos políticos nos três anos anteriores. Faz presumir, portanto, que o decurso de tempo afasta a rigidez dos vínculos políticos. Nessa hipótese, portanto, diferentemente do inciso anterior, e como se verá a seguir, daquelas constantes em outros incisos, a vedação alcança vínculos pretéritos, além dos presentes. Na hipótese do inciso III, relativo ao exercício de atividade em organização sindical, são alcançados tão somente vínculos presentes. Já naquela do artigo IV, a vedação é aplicada a vínculos presentes e pretéritos, em nome da preservação da imagem pública e buscando afastar a possibilidade de que a nomeação represente alguma forma de recompensa por favorecimento an-

³ § 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

terior. Por fim, na hipótese do inciso V, que trata do tema do conflito de interesses, a relação ficou definida na Lei nº 12.813/2013, a qual, a despeito da ocorrência de conceitos em aberto, é vedada a atribuição de efeito ampliativo, na medida em que se trata de norma restritiva de direitos (Fernandes, 2020 p. 103-104).

4 A discussão da ADI nº 7331/DF e no Projeto de Lei nº 2896/2002

Passada mais de meia década desde a entrada em vigor da Lei nº 13.303/2016, alguns de seus dispositivos vêm sofrendo questionamentos tanto na esfera judicial, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7331/DF, proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), quanto na esfera legislativa, tendo em vista a proposição do Projeto de Lei nº 2896/2022, de iniciativa da Deputada Celina Leão, atualmente em trâmite perante o Senado Federal⁴,

Na ADI nº 7331/DF, o então Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, deferiu tutela provisória incidental⁵, para conferir interpretação conforme a Constituição para o artigo 17, inciso §2º da Lei nº 13.303/2016, no sentido de que a vedação ali constante se refere às pessoas que ainda participam da estrutura decisória de partido político ou de trabalho vinculado à campanha eleitoral, vedando, no entanto, a manutenção do vínculo partidário a partir do efetivo exercício no cargo.

Em síntese, os argumentos apresentados pelo Relator vão na linha de que, em nome das louváveis intenções de prestígio ao profissionalismo e à eficiência e de evitar o aparelhamento político das estatais, foram criadas discriminações desproporcionais para pessoas que atuam na esfera governamental ou partidária, sem que, para isso, tenham sido considerados parâmetros de natureza técnica ou profissional que assegurem boa gestão, restrições essas que não decorrem de expressa disposição constitucional. Da decisão, ainda é possível identificar-se a referência à experiência empírica em que a instrumentalização de interesses subalternos externos ocorreu a partir de funcionários de carreira de empresa estatal, bem como que a discricionariedade na

⁴ Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155458>, acesso em 10 de fevereiro de 2024.

⁵ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6543865>, acesso em 06 de fevereiro de 2024.

escolha dos dirigentes já é reduzida por outros dispositivos tanto constitucionais quanto legais, notadamente Leis nº 6.404/1976 (Lei das S/A) e nº 12.813/2013 (Lei sobre conflito de interesses), e a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), além daquelas disposições constantes da própria Lei nº 13.303/2016⁶.

No Projeto de Lei nº 2986/2022, propõe-se modificação no período de quarentena, para que seja exigida desincompatibilização da função impeditiva no período de trinta dias antes da posse. Não se identifica, contudo, qualquer menção a outros critérios que digam respeito à capacidade técnica ou experiência de gestão do indicado.

5 Resultados e Discussões

O advento da Lei nº 13.303/2016 representou avanços para as empresas estatais, na medida em que, ao inserir mecanismos de Governança, controle interno e transparência para tais entidades, elevou o profissionalismo na gestão e possibilidades de controle, pela sociedade, pelo mercado e pelos órgãos constitucionalmente legitimados para tanto.

Nessa linha, ao se considerar que a Constituição confere ao Estado um dever de atuação na economia, em prol do desenvolvimento e da soberania nacionais, o qual, nas hipóteses previstas, ocorrerá diretamente, as estatais tornam-se instrumentos para o cumprimento dessa missão.

Sendo assim, regras de governança, as quais, como se identificou ao longo da exposição, contribuem para a perenidade e para a confirmação do protagonismo das empresas perante a sociedade, são aderentes à missão constitucional atribuída às estatais.

Os dados empíricos, apurados a partir da mensuração realizada pela SEST, atestam a crescente melhora das notas atribuídas às estatais no IG-SEST.

Por outro lado, em análise do contexto histórico que envolveu a edição da Lei nº 13.303/2016, identificou-se que o combate à corrupção e a busca pela redução da influência política

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7331/DF. Requerente Partido Comunista do Brasil – PC do B. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356666721&ext=.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2024.

nas empresas estatais foram fatores que nortearam a redação do texto. Esse fato resultou na inserção de impedimentos que acabam por afastar pessoas, que, a despeito do preenchimento dos demais requisitos, notadamente relacionados à qualificação técnica e de experiência profissional, acabam alijadas da possibilidade de integrar os quadros da alta administração em estatais.

Passados aproximadamente seis anos desde a vigência da Lei, observa-se a reação da classe política, no intuito de revisar critérios que obstam a indicação de pessoas vinculadas a agremiações partidárias para cargos na gestão das empresas estatais.

No plano legislativo, no Projeto de Lei nº 2986/2022, a proposta apresentada diz respeito à previsão de um exíguo prazo de 30 dias antes da posse como prazo para desincompatibilização do indicado. Essa medida parece atentar contra os desígnios originais da legislação e tende a eliminar as barreiras de proteção atualmente existentes. Não acrescenta qualquer outro critério capaz de prestigiar a boa governança ou princípios já consagrados em outros dispositivos constitucionais e legais.

No plano judicial, os argumentos para a rediscussão da questão aparentam maior solidez, na medida em que se indica a ausência de correlação entre o critério legal atual e o fim pretendido, a falta de disposição constitucional que expressamente indique o impedimento ou a restrição ao direito em questão, e, ainda, se encontra suscitado que a atual regra priva as estatais do aproveitamento de pessoas com experiência no setor público e que, por isso, poderiam contribuir para o cumprimento da missão constitucional das estatais, que, em última análise, é o atendimento do interesse público.

Nesta senda, entende-se que o caminho a ser traçado é o de se possibilitar a rediscussão da questão de modo a, sem descuidar da atenção ao fato de que as empresas são estatais, e não governamentais, não obstar o aproveitamento de pessoas com experiência e qualificação para atuação na gestão de tais entidades, em razão do estabelecimento de uma presunção absoluta de que o vínculo partidário é causa de impedimento, por longo período, para assunção das funções em apreço. Nessa linha, o estabelecimento de critérios razoáveis, vinculados a questões de natureza técnica e profissional, acrescido de períodos para desincompatibilização e quarentena, visando descaracterizar possíveis conflitos de interesse, além de medidas que fortaleçam e confirmem autonomia aos órgãos de governança das entidades

e aos órgãos de fiscalização interna, é uma alternativa a ser desenvolvida.

Conclusão

O presente artigo científico examinou os reflexos para a Governança Corporativa em empresas estatais decorrentes das proposições contidas no Projeto de Lei nº 2896/2022, bem como o teor da decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7331/DF.

Nesse particular, identificou-se que o advento da Lei nº 13.303/2016 trouxe inovações relevantes para o constante aprimoramento e para o controle e a transparência da gestão em empresas estatais. Essa assertiva vem corroborada pela identificação de constantes elevações das notas de avaliação das empresas estatais nos ciclos avaliativos promovidos pela SEST, no período compreendido entre 2016 e 2019.

As empresas estatais existem para dar cumprimento à Constituição. Nesse sentido, a adoção de medidas que fortaleçam a governança, a transparência e a sustentabilidade dessas organizações é medida que contribui para esse intento, no sentido de contribuir para a sua perenidade.

A doutrina consultada é unânime ao indicar o contexto de seguidos escândalos de corrupção como fator que contribuiu de maneira importante para a conclusão da necessidade de uma legislação que, de certa forma, reduzisse a assim chamada ingerência política no controle das empresas estatais, e, portanto, influenciou não apenas para edição da Lei nº 13.303/2016, mas também para a definição de regras e critérios de governança, notadamente ligados à estruturação dos órgãos de alta administração, especialmente no que toca à indicação de nomes para o Conselho de Administração e a diretoria de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Nesta senda, constata-se que determinados vínculos com agremiação política promovem impedimento para indicação para composição do Conselho de Administração e Diretoria pelo prazo de 36 meses. Denota-se a preocupação, já escancarada, pela expansão dos requisitos legais de experiência para indicação para figurar como administrador, de prestigiar o profissionalismo da gestão e vedar o assim chamado “aparelhamento” das instituições.

É justamente essa rigidez que tem sido alvo dos questionamentos tanto na esfera judicial, por meio da ADI nº 7331/

DF, quanto na esfera legislativa, por meio do Projeto de Lei nº 2896/2022.

Nota-se que tanto na decisão liminar proferida no âmbito da ação que tramita perante o STF, quanto na do Projeto de Lei, é possível extrair a ideia de que o critério originalmente proposto pelo legislador, de impedir a indicação de pessoas em razão de vínculo político pretérito, excede limitações já positivadas para entidades congêneres do setor privado, e não guarda parâmetro de ordem técnica ou profissional.

Ponderadas as preocupações iniciais (evitar o “aparelhamento”) das estatais, com a evidente contribuição da inserção de critérios de governança corporativa pela Lei nº 13.303/2016 para o aprimoramento da gestão nessas entidades, com os argumentos suscitados sobretudo na decisão liminar proferida pelo STF, mormente a violação a critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como o fato de que os dados empíricos extraídos de casos recentes não permitem, entende-se ser possível a rediscussão dos critérios legislativos. Nesta senda, compreende-se haver margem para a discussão da revisão do específico impedimento tratado pelo artigo 17, §2º, inciso II, vislumbrando-se como alternativas viáveis a modificação dos prazos, a exigência de desincompatibilização, bem como a previsão de mecanismos de quarentena para evitar conflitos de interesses posteriores à saída do cargo, além da potencialização dos mecanismos de fiscalização do Estado e da sociedade e de governança das próprias entidades.

Referências

ALVES, L.E.S. Governança e Cidadania Empresarial. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v.41, outubro/dezembro 2001.

BLOK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, 2024. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

[/www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 de janeiro de 2024.

_____. **Lei nº 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2024.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7331/DF**. Requerente Partido Comunista do Brasil – PC do B. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356666721&ext=.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2024.

COELHO, Carolina Reis Jatobá. Empreendedorismo do Estado: como e quando afastar o procedimento licitatório para viabilizar os negócios das Empresas Estatais. In FERNANDES, Murilo Jacoby (Coord). **Empresas Estatais** Lei nº 13.303/2016, Doutrina e Jurisprudência para Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Subsidiárias e Sociedades de Propósito Específico. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CRISTÓVAM, J.S.S; BERGAMINI, J.C.L Governança Corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e compliance. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.278, n.2, maio/ago 2019.

CUNHA, T.N; FREITAS, D.S.B; ARAÚJO, R.M; Governança Corporativa e Lucro Estatal: Uma Análise a Partir da Lei das Estatais. **Revista FSA**. Teresina, v.17, n.12, dez 2020.

DALLARI, Adilson de Abreu. Uma Visão Crítica sobre a Lei das Estatais In FERRAZ, Sergio (Org). **Co-**

mentários Sobre a Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 30.06.2016). São Paulo: Malheiros, 2019.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O controle interno nas Empresas Estatais – estrutura, composição e funcionamento. In FERNANDES, Murilo Jacoby (Coord). **Empresas Estatais** Lei nº13.303/2016, Doutrina e Jurisprudência para Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Subsidiárias e Sociedades de Propósito Específico. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERRAZ, S. Das regras de governança corporativa, transparência e gestão de riscos. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura RDAI**. São Paulo: Thomson Reuters/Livraria RT, v.2, n.7, 2018.

_____. Disposições Preliminares da Lei. In Ferraz, Sergio (Org.) **Comentários Sobre a Lei das Estatais** (Lei nº 13.303, de 30.06.2016). São Paulo: Malheiros, 2019.

GOMES, C.P.B. A nomeação de dirigentes de Estatais a partir da Lei nº13.303/2016. **Revista Júris Uni Toledo**. Araçatuba, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HECKERT, Cristiano Rocha; FERNANDES, Murilo Queiroz Melo; FENILLI, Renato Ribeiro. Principais inovações da Lei das Estatais nas contratações. In FERNANDES, Murilo Jacoby (Coord). **Empresas**

Estatais Lei nº13.303/2016, Doutrina e Jurisprudência para Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Subsidiárias e Sociedades de Propósito Específico. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 6. ed. IBGC. São Paulo: IBGC, 2023.

MARINELLI, M. Um Estudo Exploratório sobre o Estágio da Governança Corporativa nas Empresas Brasileiras. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. São Paulo, v.7, n.19, 2005.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

ROCHA, Marcelo Souza; FERNANDES, Murilo Jacoby. As licitações e contratações relacionadas com os objetivos sociais das Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista (art. 28§, inc I) *In* FERNANDES, Murilo Jacoby (Coord). **Empresas Estatais** Lei nº 13.303/2016, Doutrina e Jurisprudência para Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Subsidiárias e Sociedades de Propósito Específico. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Trilhando o caminho da equidade: desafios, avanços e perspectivas na atuação das mulheres advogadas no Brasil

Bruna Paula da Costa Ribeiro

*Mestranda em Direito pela Universidade
de Caxias do Sul/RS*

Natalia Ribeiro Linhares

*Mestranda em Direito pela Universidade
de Caxias do Sul/RS*

Marcos Délli Ribeiro Rodrigues

*Mestre em Direito, Regulação e Desenvolvimento
Sustentável pelo Centro Universitário de
João Pessoa (Unipê)
Doutorando em Direito pela Universidade
de Marília/SP*

RESUMO

Este artigo propõe uma análise crítica da presença das mulheres na advocacia brasileira, abordando desde aspectos históricos e filosóficos até os desafios contemporâneos enfrentados por mulheres advogadas. Além disso, investiga as perspectivas e estratégias para promover a igualdade de gênero nesse campo, bem como os impactos dos Provimentos OAB 164/2015 e 202/2020. Por meio de uma abordagem interdisciplinar e análise bibliográfica, examinam-se a evolução histórica da participação feminina na advocacia, os desafios atuais, as iniciativas para a equidade de gênero e os efeitos das políticas institucionais. Este estudo contribui para o avanço do conhecimento acadêmico e para a promoção de uma advocacia mais inclusiva e representativa, destacando-se pela sua relevância social, jurídica e acadêmica no contexto brasileiro.

Palavras-chaves: Advocacia. Mulheres. Igualdade de gênero. OAB.

ABSTRACT

This article proposes a critical analysis of the presence of women in Brazilian law, covering everything from historical and philosophical aspects to the contemporary challenges faced by women lawyers. Furthermore, it investigates the perspectives and strategies to promote gender equality in this field, as well as the impacts of OAB Provisions 164/2015 and 202/2020. Through an interdisciplinary approach and bibliographic analysis, the historical evolution of female participation in law, current challenges, initiatives for gender equity and the effects of institutional policies are examined. This study contributes to the advancement of academic knowledge and the promotion of a more inclusive and representative law practice, standing out for its social, legal and academic relevance in the Brazilian context.

Keywords: Advocacy. Women. Gender equality. OAB.

Introdução

A presença das mulheres na advocacia brasileira representa um tema de grande relevância histórica e contemporânea, refletindo não apenas a evolução da profissão jurídica, mas também os desafios enfrentados pelas mulheres na busca por igualdade de oportunidades e reconhecimento profissional. Desde suas origens, a advocacia tem sido predominantemente masculina, com mulheres enfrentando obstáculos significativos para ingressar e se destacar nesse campo profissional. No entanto, ao longo do tempo, avanços legislativos e sociais têm gradualmente aberto espaço para uma participação mais expressiva das mulheres na advocacia, embora ainda persistam desafios relacionados à discriminação de gênero, disparidades salariais e dificuldades de ascensão profissional.

Apesar dos progressos sociais e legislativos, as mulheres ainda se deparam com significativos obstáculos no exercício da advocacia no Brasil, que vão desde a discriminação de gênero até disparidades salariais e obstáculos à ascensão profissional. Diante dessa realidade, torna-se crucial uma análise das causas e consequências desse cenário, bem como a identificação de estratégias e iniciativas capazes de contribuir para a superação desses desafios.

Deste modo, o objetivo deste artigo é analisar, de forma crítica, a presença das mulheres na advocacia brasileira, desde

uma perspectiva histórica e filosófica até os desafios contemporâneos enfrentados por mulheres advogadas. Além disso, pretende-se investigar as perspectivas e estratégias para a promoção da igualdade de gênero neste campo profissional, bem como avaliar os impactos e avanços proporcionados pelos Provimentos OAB 164/2015 e 202/2020 na busca pela equidade de gênero na advocacia brasileira.

Esta pesquisa torna-se de suma importância, pois aborda questões fundamentais relacionadas à equidade de gênero na advocacia brasileira, uma área profissional de grande relevância para a sociedade. Ao analisar a presença histórica e filosófica das mulheres nesse campo, identificar os desafios contemporâneos enfrentados por elas e investigar as estratégias para promover a igualdade de oportunidades, este estudo contribui não apenas para o avanço do conhecimento acadêmico sobre a temática, mas também para a promoção de uma advocacia mais inclusiva e representativa. Além disso, ao examinar os impactos dos Provimentos OAB 164/2015 e 202/2020, este trabalho tem o potencial de fornecer *insights* sobre a eficácia das políticas institucionais na promoção da equidade de gênero no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), contribuindo, assim, para a formulação de políticas públicas e práticas profissionais mais justas e igualitárias.

O estudo será conduzido por meio de uma análise bibliográfica, que abará a consulta e revisão crítica de obras acadêmicas, artigos científicos e documentos oficiais da OAB. A análise será fundamentada em uma abordagem interdisciplinar, incorporando perspectivas da história, filosofia, sociologia, direito e estudos de gênero.

Este trabalho adota uma estrutura composta por quatro seções, cada uma delas dedicada a uma análise específica sobre o papel das mulheres advogadas no cenário brasileiro. A introdução apresenta uma síntese dos principais aspectos a serem abordados ao longo do trabalho. Na primeira seção, realiza-se uma investigação sobre a trajetória histórica e os fundamentos filosóficos que influenciaram a participação feminina na advocacia brasileira. A segunda seção aborda os desafios contemporâneos enfrentados por mulheres advogadas, enquanto a terceira seção se dedica a examinar as diferentes perspectivas e iniciativas destinadas a promover a igualdade de gênero nesse campo profissional. Adicionalmente, a quarta seção analisa os impactos dos “Provimentos OAB 164/2015 e 202/2020” na busca pela equidade de gênero na advocacia brasileira. Por fim, as considerações fi-

nais sintetizam os principais pontos discutidos ao longo da pesquisa e enfatizam a relevância da temática abordada no contexto social, jurídico e acadêmico.

1 Mulheres advogadas: reflexões históricas e filosóficas

A história da mulher advogada no Brasil, segundo Barros (2021, p. 112901), é marcada por uma trajetória de desafios e conquistas ao longo dos séculos. A profissão jurídica sempre foi predominantemente masculina, refletindo as estruturas sociais patriarcais que permearam a sociedade brasileira. Contudo, a luta das mulheres por igualdade de direitos e oportunidades também se estendeu ao campo do Direito, culminando em avanços significativos na inclusão e representatividade das mulheres na advocacia.

Durante os períodos colonial e imperial, o acesso das mulheres à educação formal era severamente restringido. De acordo com Assis e Figueiredo (2020, p. 205), a educação formal era predominantemente reservada aos homens, enquanto as mulheres enfrentavam obstáculos institucionais e culturais que limitavam sua participação na esfera social. Entretanto, no final do século XIX, algumas mulheres começaram a desafiar essas normas sociais estabelecidas, buscando oportunidades de formação. Vale ressaltar que, nesse contexto, a estrutura educacional e profissional era predominantemente moldada por homens, o que perpetuava a exclusão das mulheres de diversas profissões, incluindo a advocacia, ao longo de séculos.

Apenas no século XX ocorreram avanços significativos na presença das mulheres na advocacia brasileira. Conforme afirma Sales (2021, p. 4), com o movimento feminista ganhando força e pressionando por mudanças nas estruturas sociais e legais, gradualmente as portas foram se abrindo para as mulheres no campo do Direito. O acesso das mulheres às faculdades de Direito foi ampliado, e mais mulheres começaram a se formar e a ingressar na advocacia.

Myrthes Gomes de Campos, no final do século XIX, tornou-se a primeira mulher advogada do Brasil, desafiando as normas sociais vigentes e abrindo caminho para as gerações subsequentes de mulheres na advocacia. Sua conquista foi ainda mais significativa em um contexto fortemente patriarcal, em que as mulheres enfrentavam inúmeras barreiras para ingressar em profissões tradicionalmente dominadas por homens (Sales, 2021, p. X2).

A partir do início do século XX, observa-se um aumento gradual na presença feminina na advocacia brasileira. Cardoso (2020, p. 10) destaca que, em 1902, Maria Augusta Saraiva se tornou a primeira mulher bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, consolidando ainda mais a presença das mulheres no campo jurídico. No mesmo ano, ela fez sua estreia no Tribunal de Justiça da capital paulista, defendendo um acusado em juízo, demonstrando sua competência e determinação.

Ao longo das décadas seguintes, mais mulheres seguiram o exemplo de Myrthes Gomes de Campos e Maria Augusta Saraiva, ingressando na advocacia e conquistando espaços antes inacessíveis para as mulheres. Varanda (2023, p. 36) discorre que, em 1932, as mulheres conquistaram o direito ao voto no Brasil, um marco significativo que refletiu uma crescente conscientização sobre os direitos das mulheres na sociedade.

O século XX testemunhou a ascensão de várias mulheres proeminentes na advocacia brasileira. Lewandowski (2023, p. 1, ao falar da importância da mudança no mundo em relação às mulheres, destaca o exemplo de Maria Rita Soares de Andrade, a qual se tornou a primeira mulher a integrar o Conselho Federal da OAB em 1962 e, posteriormente, em 1967, foi nomeada como a primeira juíza federal do Brasil. Essas conquistas individuais contribuíram para abrir novos horizontes e desafiar as normas de gênero na profissão jurídica.

Desde a década de 1980, conforme ressaltado por Sales (2021, p. 4), houve um notável aumento na representação feminina nos órgãos da OAB, com mulheres assumindo posições de destaque e liderança em várias esferas. O histórico momento, em que Zelite Andrade Carneiro foi eleita como a primeira presidente de uma seccional da OAB, em 1981, representa um marco significativo nesse avanço.

Nos anos seguintes, destaca Wolff (2023, p. 3), mulheres como Joênia Batista de Carvalho, a primeira mulher indígena a exercer a advocacia no Brasil, e Fernanda Marinela, a primeira mulher presidente da Comissão Nacional da Mulher Advogada, continuaram a quebrar barreiras e inspirar outras mulheres a seguirem seus passos na advocacia.

Apesar dos avanços significativos alcançados ao longo do tempo, a presença das mulheres nesta profissão ainda é desproporcional em alguns aspectos em relação aos homens. A luta pela igualdade de gênero e pela ampliação das oportunidades para as mulheres advogadas continua sendo uma prioridade, confor-

me evidenciado pela recente aprovação da paridade nas eleições da OAB em 2020 e pela eleição de cinco mulheres como presidentes de seccionais em 2021 (Sales, 2021, p. 4).

Atualmente, aponta Salgado (2016, p. 14), as mulheres advogadas representam uma parcela significativa da classe jurídica no Brasil. Elas atuam em diversos campos do Direito, desde a advocacia de causas civis e criminais até a atuação em grandes escritórios e cargos de destaque no Judiciário. No entanto, apesar dos avanços, ainda persistem desafios a serem enfrentados, como a igualdade salarial, o enfrentamento do assédio e da discriminação de gênero, e a promoção de políticas que garantam a equidade de oportunidades na profissão jurídica.

A história da mulher advogada no Brasil é, portanto, uma história de superação, resiliência e luta por direitos e reconhecimento. Segundo Bertolin (2017, p. 11), as conquistas alcançadas até o momento são fruto do trabalho árduo e da dedicação das mulheres que ousaram desafiar as normas estabelecidas e abriram caminho para as gerações futuras. Porém, é fundamental que essa luta continue visando garantir que todas as mulheres tenham igualdade de oportunidades e pleno reconhecimento em sua atuação no campo do Direito.

Nesse sentido, nota-se que as mulheres advogadas na história do Brasil desempenham um papel crucial na ampliação e no enriquecimento do campo jurídico. Elas oferecem uma abordagem única e diversificada para a resolução de questões legais, trazendo novas perspectivas e *insights* que fortalecem o debate e contribuem para uma prática jurídica mais abrangente e inclusiva (Bertolin, 2017, p. 5).

Desta maneira, a inserção da perspectiva feminina na prática jurídica vai além da simples representatividade de gênero; trata-se também do reconhecimento da multiplicidade de experiências e valores que cada indivíduo contribui para o exercício do direito. De acordo com Sales (2021, p. 4), mulheres advogadas são capazes de oferecer não apenas uma visão única e sensível¹ sobre questões legais, mas também consideram as dimensões sociais, emocionais e culturais envolvidas.

¹ A habilidade das mulheres advogadas em trazer implicações sensíveis e emocionais não deriva aqui do contexto patriarcal que as considerava frágeis, mas sim das históricas exclusões femininas em vários campos sociais. Destacar esse aspecto “sensível e emocional” ressalta a importância da conscientização histórica sobre a exclusão de grupos minoritários.

Além disso, discute Faustino (2020, p. 9), a inclusão de vozes femininas na advocacia tem o potencial de promover uma mudança substancial na forma como o direito é concebido e aplicado. A diversidade de gênero no campo jurídico não apenas reflete uma sociedade mais inclusiva e igualitária, como também contribui para a criação de políticas mais abrangentes e sensíveis às questões de gênero e igualdade.

Neste contexto, podemos trazer o pensamento de Simone de Beauvoir, em sua obra seminal *O Segundo Sexo*, a qual aborda a questão da alteridade feminina e a importância de reconhecer as mulheres como sujeitos autônomos e independentes. Beauvoir (1970, p. 23) argumenta que as mulheres têm sido historicamente definidas em relação aos homens, em uma relação de alteridade que as coloca em uma posição de subordinação. A relação de alteridade estabelece uma dicotomia na qual o homem é considerado o padrão universal da humanidade, enquanto a mulher é definida em relação a ele, sendo frequentemente relegada a papéis secundários e subjugada aos interesses masculinos.

Ora, o que define de maneira singular a situação da mulher é que, sendo, como todo ser humano, uma liberdade autônoma, descobre-se e escolhe-se num mundo em que os homens lhe impõem a condição do outro. Pretende-se torná-la objeto, votá-la à imanência, porquanto sua transcendência será perpetuamente transcendida por outra consciência essencial e soberana. O drama da mulher é esse conflito entre a reivindicação fundamental de todo sujeito que se põe sempre como o essencial e as exigências de uma situação que a constitui como inessencial (BEAUVOIR, 1970, p. 23).

Partindo dessa visão, a percepção das mulheres como “o outro” em relação aos homens tem sido historicamente refletida nas estruturas patriarcais que moldam o sistema legal. Falden (2019, p. 810) enfatiza que essas estruturas tendem a favorecer as perspectivas e os interesses masculinos, relegando as mulheres a um papel secundário e subordinado na prática jurídica. Reconhecer e valorizar a perspectiva feminina no processo legal é fundamental para garantir uma justiça verdadeiramente equitativa e inclusiva. Isso envolve desafiar as suposições tradicionais sobre o papel e o valor das mulheres no direito, bem como

garantir sua participação igualitária nas decisões legais. A visão de Beauvoir destaca a importância de reconhecer as mulheres como sujeitos autônomos e independentes, cujas vozes e experiências devem ser levadas em consideração na tomada de decisões legais.

Uma outra pensadora que pode contribuir com essa questão é Ângela Davis. Em sua obra *Mulheres, Raça e Classe*, ela destaca a interseccionalidade das opressões que as mulheres enfrentam, considerando não apenas o gênero, mas também a raça e a classe social. Davis (2016, p. 21) argumenta que as experiências das mulheres são moldadas por uma multiplicidade de fatores e que a luta pela igualdade de gênero deve estar intrinsecamente ligada à luta contra todas as formas de opressão. Em seu outro livro *A liberdade é uma luta constante*, a filósofa expõe a seguinte contextualização em relação à interseccionalidade:

Óbvio que a interseccionalidade – ou os esforços de reflexão, análise e organização que reconhece as interconexões entre raça, classe, gênero e sexualidade – evoluiu consideravelmente nas últimas décadas. Vejo minha obra como o reflexo não de uma análise individual, e sim de uma percepção, no interior de movimentos e coletivos, de que não é possível separar as questões de raça das questões de classe e das questões de gênero (DAVIS, 2018, p. 33).

Trazendo para o aspecto jurídico, essa abordagem filosófica de Davis ressalta a importância de considerar as diferentes realidades e experiências das mulheres ao elaborar políticas e tomar decisões legais. A inclusão da perspectiva interseccional de Davis, na advocacia, enfatiza a necessidade de promover a justiça social e a igualdade perante a lei para todas as mulheres, independentemente de sua raça, classe ou origem.

É interessante também enfatizar nessa análise a contribuição do filósofo Michel Foucault, conhecido por sua abordagem crítica das relações de poder e seu impacto nas estruturas institucionais. Foucault (1979, p. 180) concebe o poder como uma força onipresente, presente em todas as interações sociais e que influencia as dinâmicas do sistema jurídico. De acordo com Rago (2019, p. 2), Foucault, em sua análise, evidencia como as estruturas de poder, historicamente, marginalizaram as mulheres, moldando sua posição e tratamento dentro do campo jurídico. Neste contexto, nota-se que o direito não é uma esfera imparci-

al, mas sim permeada por ideologias e valores que perpetuam desigualdades de gênero.

Ao aplicar esse contexto na esfera jurídica, é possível discernir como as mulheres enfrentam desafios específicos relacionados à sua posição de gênero. Por exemplo, Foucault (1979, p. 182) resalta como as normas culturais e as práticas institucionais podem perpetuar estereótipos de gênero que marginalizam as mulheres na advocacia, resultando em disparidades salariais, limitações de acesso a oportunidades de liderança e discriminação na distribuição de casos. Além disso, conforme enfatizam Maia e Oliveira (2022, p. 13), Foucault incita a investigação das estruturas de poder dentro das próprias instituições jurídicas, nas quais as mulheres podem se deparar com barreiras para o avanço profissional devido a hierarquias de gênero arraigadas e práticas discriminatórias. Diante dessa perspectiva, o filósofo salienta:

Trata-se [...] de captar o poder em suas extremidades, lá onde ele se torna capilar; captar o poder nas suas formas e instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam, ele se prolonga, penetra em instituições, corporifica-se em técnicas e se mune de instrumentos de intervenção material, eventualmente violentos (FOUCAULT, 1979, p. 182).

Em suma, a inserção da perspectiva feminina na prática jurídica não apenas reforça a eficiência do sistema legal, mas também confronta as estruturas de poder e privilégio que, historicamente, influenciaram a formação da ciência do Direito. Ao reconhecer e incorporar essas perspectivas históricas e filosóficas, é viável promover uma abordagem mais inclusiva, equitativa e justa para a resolução de conflitos legais. A presença e o engajamento ativo das mulheres advogadas não apenas enriquecem o campo jurídico, mas também contribuem para a edificação de uma sociedade mais igualitária e democrática.

2 Desafios contemporâneos enfrentados por mulheres advogadas

Compreender os desafios contemporâneos enfrentados pelas mulheres advogadas no contexto brasileiro é essencial para analisar as complexidades das questões de igualdade de gênero no campo jurídico do país. De acordo com Paiva (2019, p. 117),

embora o Brasil tenha feito progressos significativos em direção à igualdade de gênero em várias áreas, as mulheres advogadas ainda enfrentam uma série de desafios específicos que afetam sua representação, progressão na carreira e bem-estar no ambiente de trabalho.

Uma das questões mais evidentes e persistentes enfrentadas pelas mulheres advogadas no Brasil é a disparidade salarial de gênero. Azevedo (2022, p. 1.230) mostra em seus estudos que, mesmo em uma profissão como a advocacia, em que se espera que a meritocracia seja um princípio fundamental, as mulheres advogadas, muitas vezes, recebem salários inferiores em comparação aos homens, mesmo ocupando posições e possuindo qualificações semelhantes. Essa disparidade salarial reflete não apenas a discriminação de gênero arraigada no sistema jurídico brasileiro, mas também tem impactos significativos no bem-estar financeiro e na progressão na carreira das mulheres advogadas.

Nesta perspectiva, o panorama da advocacia no Brasil revela um cenário marcado pela presença significativa de mulheres no campo jurídico, conforme dados fornecidos pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, 2023, p. 3). Com efeito, mais da metade dos profissionais do Direito no país são mulheres, representando 667.606 advogadas, em um total de 1.310.512 profissionais registrados nacionalmente. Destaca-se que a faixa etária predominante entre essas profissionais situa-se entre 26 e 40 anos de idade, sugerindo um contingente considerável de mulheres em estágios intermediários de suas carreiras jurídicas.

Apesar da representatividade numérica na advocacia brasileira, os dados revelam uma discrepância na participação das mulheres no exercício da justiça dentro do Poder Judiciário. Apenas 38,8% das mulheres advogadas estão atuando efetivamente no Judiciário, indicando desafios adicionais no acesso e permanência das mulheres advogadas em cargos e posições de destaque nesse âmbito (OAB, 2023, p. 3).

Ainda que as mulheres sejam maioria na advocacia, persistem desigualdades salariais em relação aos homens, conforme evidenciado pela pesquisa "Estatísticas de Gênero – Indicadores sociais das mulheres no Brasil", realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os dados revelam que as mulheres advogadas enfrentam uma disparidade salarial, recebendo, em média, 23,6% menos do que seus colegas homens na mesma profissão. Essa disparidade salarial reflete a continuidade de padrões de desigualdade de gênero presentes na sociedade brasileira, os quais se manifestam mesmo em profissões al-

tamente qualificadas e historicamente associadas à igualdade de oportunidades (IBGE, 2021, p. 4).

Esses números evidenciam a complexidade das questões de gênero no contexto da advocacia brasileira e apontam para a necessidade de medidas que promovam a equidade de gênero e combatam as desigualdades salariais e de representação no campo jurídico. Segundo Rodrigues e Lima (2024, p. 82), o enfrentamento desses desafios requer a implementação de políticas e práticas que valorizem e reconheçam o trabalho das mulheres advogadas, bem como o fortalecimento de iniciativas de conscientização e sensibilização sobre as questões de gênero no ambiente jurídico, pois, conforme os autores:

A trajetória das mulheres nas carreiras jurídicas, apesar de todas as políticas de incentivo, ainda é permeada por desafios que possuem raízes profundas em uma sociedade historicamente patriarcal. O esforço despendido pelas mulheres para alcançar e se manter em posições de destaque no campo jurídico muitas vezes é redobrado, dada a necessidade de enfrentar não apenas os desafios profissionais, mas também barreiras de gênero. Esta realidade aponta à incongruência entre as políticas propostas e a cultura institucional ainda resistente a mudança.

Além da disparidade salarial, as mulheres advogadas no Brasil também enfrentam discriminação no local de trabalho, incluindo assédio sexual, sexismo e preconceito de gênero. Conforme Leite (2023, p. 1), comentários e comportamentos sexistas, além da negação de oportunidades de trabalho e promoções com base no gênero, são exemplos comuns das barreiras enfrentadas pelas mulheres advogadas brasileiras em seus ambientes profissionais

O meio jurídico não está imune a práticas discriminatórias e de assédio no trabalho. O gênero importa. As principais vítimas são os corpos femininos, que compõem essa paisagem de violências. Na advocacia, a realidade é esta: uma em cada duas advogadas já sofreu assédio moral no ambiente profissional. Essa realidade infeliz é comum a todas as trabalhadoras brasileiras, uma vez que 76% já foram assediadas.

Para reverter essa situação, Leite (2023, p. 3) propõe a necessidade de ação e destaca que a construção de um horizonte sem violência nas relações sociolaborais requer um ambiente institucional propício ao diálogo, à participação, à transparência, à ética, à valorização do trabalhador e ao respeito à diversidade, visando preservar sua saúde. Estratégias como a elaboração de códigos de conduta, programas de capacitação sobre o tema e a implementação de políticas institucionais que incluam mecanismos de acolhimento e acompanhamento de situações de conflito são apontadas como formas de estruturar um ambiente de trabalho digno.

Outro desafio significativo enfrentado pelas mulheres advogadas no Brasil é a conciliação entre vida profissional e pessoal. De acordo com Oliveira (2023, p. 6), as demandas intensas e imprevisíveis do trabalho jurídico, muitas vezes, entram em conflito com as responsabilidades familiares e pessoais, tornando difícil para as mulheres advogadas equilibrar essas diferentes esferas de suas vidas. A falta de políticas de licença parental remunerada e de flexibilidade no local de trabalho agrava ainda mais essa dificuldade, deixando as mulheres advogadas brasileiras em uma posição desvantajosa em comparação aos seus colegas masculinos.

Além disso, conforme debatem os autores Carvalho e Teixeira (2018, p. 6), a persistência de estereótipos de gênero na profissão jurídica brasileira continua a limitar as oportunidades e o avanço das mulheres advogadas. Estereótipos de que as mulheres são emocionalmente instáveis, menos competentes ou inadequadas para certas áreas do direito ainda estão presentes, influenciando decisões de contratação, promoção e atribuição de casos. Esses estereótipos reforçam a desigualdade de gênero e perpetuam a sub-representação das mulheres em posições de liderança no campo jurídico brasileiro.

A respeito de igualdade de gênero, em âmbito global, é de bom alvitre citar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU), nos quais guardam liame com a presente pesquisa os ODS 5 e 10.

O ODS 5 trata da igualdade de gênero e, portanto, é salutar e bastante específico com o escopo do presente trabalho:

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas
5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte

5.2 Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos

5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas

5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais

5.5 Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública

5.6 Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão

5.a Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso à propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais

5.b Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres

5.c Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis²

Já o ODS 10 visa reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles, inclusive, quanto aos persistentes descompassos quanto aos gêneros:

² Nações Unidas Brasil. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5. **Igualdade de gênero** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5> Acesso em: 25 Feb de 2024.

Objetivo 10. Reduzir as desigualdades no interior dos países e entre países

10.1 Até 2030, progressivamente alcançar e sustentar o crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional

10.2 Até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra

10.3 Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito

10.4 Adotar políticas, especialmente fiscal, salarial e de proteção social, e alcançar progressivamente uma maior igualdade³

Diante desses desafios, apesar de existir resistência por parte desse sistema patriarcal, diversas estratégias e iniciativas têm sido propostas e implementadas para promover a igualdade de gênero na advocacia brasileira. Isso inclui a implementação de políticas organizacionais que combatem a discriminação de gênero, o estabelecimento de programas de mentoria e apoio para mulheres advogadas e a promoção de uma cultura de inclusão e respeito no ambiente de trabalho. Além disso, a conscientização sobre os desafios enfrentados pelas mulheres advogadas no Brasil é fundamental para promover mudanças sistêmicas e criar um ambiente jurídico mais igualitário e diversificado no país.

3 Perspectivas e estratégias para a promoção da igualdade de gênero na advocacia brasileira

Antes de adentrar no universo, propriamente dito, da advocacia, importa registrar que a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (AMATRA) da 1ª Região é uma entidade de natureza civil, sem fins lucrativos, e foi criada com o objetivo de lutar pela valorização da classe e na defesa, sempre que necessário, dos interesses dos magistrados do trabalho. Entre tais cau-

³ Nações Unidas Brasil Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 10. **Redução das desigualdades** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/10> Acesso em: 25 Fev de 2024.

sas, a paridade de gênero foi foco de publicização em 19 de fevereiro de 2024:

Apesar dos avanços recentes no mercado de trabalho, a desigualdade de gênero persiste como uma dura realidade, conforme indicam dados da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Mesmo com um cenário de recuperação econômica e redução do desemprego, as disparidades salariais e a alta informalidade são desafios que afetam principalmente as mulheres.

Especialistas apontam para a relação entre a estrutura patriarcal da sociedade e as diferenças ocupacionais como principais causas da disparidade salarial entre trabalhadores dos sexos masculino e feminino⁴.

A promoção da igualdade de gênero na advocacia brasileira, conforme já discutido, tem sido objeto de considerável importância. Diversos autores têm destacado a relevância de estratégias e iniciativas específicas nesse contexto. Conforme ressaltado por Salgado (2016, p. 75), as desigualdades de gênero no campo jurídico são multifacetadas e requerem abordagens abrangentes para serem enfrentadas de maneira eficaz. Nesse sentido, iniciativas voltadas para políticas institucionais, programas de capacitação e sensibilização e advocacia têm sido propostas como meios de promover a igualdade de gênero na advocacia brasileira.

Em referência ao princípio da igualdade, frequentemente é necessário recorrer à máxima conhecida como “reiterar o óbvio” e aplicá-la no contexto do positivismo. Nesse sentido, a Lei nº 14.611/2023 aborda questões relativas à equiparação salarial e aos critérios de remuneração entre os gêneros feminino e masculino, além de promover modificações na Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios, nos termos da regulamentação, entre mulheres e homens para a realização de trabalho de igual valor ou no exer-

⁴ AMATRA (2024) **Desigualdade de gênero persiste no mercado de trabalho**. Disponível em: <https://amatra1.org.br/noticias/?desigualdade-de-genero-persiste-no-mercado-de-trabalho> Acesso em: 25 Feb de 2024.

cício da mesma função e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 2º A igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens para a realização de trabalho de igual valor ou no exercício da mesma função é obrigatória e será garantida nos termos desta Lei (BRASIL, 2023, p. 1).

A implementação de políticas institucionais tem sido reconhecida como uma estratégia fundamental para promover a equidade de gênero na advocacia. Segundo Barreto (2018, p. 2), órgãos reguladores, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), desempenham um papel crucial na criação de condições mais favoráveis para o ingresso e o avanço das mulheres na profissão jurídica. A adoção de medidas como a criação de Comissões de Igualdade de Gênero e a instituição de cotas em cargos de liderança têm sido propostas como formas de enfrentar desafios estruturais e promover a representatividade feminina na advocacia. No entanto, o autor afirma que:

A legislação, seja constitucional ou infraconstitucional, não é capaz de sozinha mudar o cenário de desigualdade e discriminação, mas constitui o marco inicial para as estratégias políticas de enfrentamento e superação das desigualdades de gênero, por meio da materialização ou concretização desses direitos.

Além das políticas institucionais, programas de capacitação e sensibilização têm sido identificados como ferramentas importantes para promover a igualdade de gênero na advocacia brasileira. De acordo com Silva (2019, p. 143), iniciativas como workshops, treinamentos e mentoria podem desempenhar um papel essencial no empoderamento das mulheres advogadas, fornecendo-lhes as habilidades e os recursos necessários para superar obstáculos profissionais e alcançar seu pleno potencial na profissão. Pertinente a essa questão, a autora salienta:

Assim sendo, as estratégias de empoderamento jurídico fazem parte de um campo de atuação política e social que foca na educação e na prática dos direitos humanos, pois considera as experiências das comunidades e dos grupos sociais historicamente discriminados e afetados pelas injustiças

a fim de reverter esta situação, fortalecendo suas capacidades de conhecer, usar a lei e o Direito para encontrar soluções aos seus problemas.

Neste sentido, a advocacia e o ativismo também têm sido reconhecidos como instrumentos importantes para promover a igualdade de gênero no campo jurídico. Conforme destacado por Silva e Bertoncini (2017, p. 341), a sociedade civil e organizações não governamentais desempenham um papel fundamental na pressão por mudanças estruturais e políticas que visam eliminar as desigualdades de gênero e promover a justiça e a equidade no sistema jurídico. Por meio de campanhas de conscientização e litígios estratégicos, essas organizações contribuem para o avanço da agenda de igualdade de gênero na advocacia brasileira.

Deste modo, a promoção da igualdade de gênero neste setor em discussão requer uma abordagem multifacetada que envolve políticas institucionais, programas de capacitação e sensibilização e advocacia. Ao adotar uma abordagem integrada que combina essas diferentes estratégias, é possível avançar em direção a uma advocacia mais inclusiva e equitativa, capaz de refletir a diversidade e complexidade da sociedade brasileira (Silva; Bertoncini, 2017, p. 341).

Dado isso, pode-se destacar os provimentos da OAB voltados para valorização da mulher advogada, os quais têm sido fundamentais para criar um ambiente mais propício à equidade de gênero na advocacia brasileira. Esses provimentos incluem iniciativas que visam combater a discriminação de gênero, promover a igualdade de oportunidades e garantir a representatividade feminina em posições de liderança dentro da Ordem e nos escritórios de advocacia. Além disso, tais provimentos também têm buscado sensibilizar a comunidade jurídica sobre as questões de gênero e promover a adoção de políticas e práticas que contribuam para a valorização e o empoderamento das mulheres advogadas.

Sem contar que uma instituição democrática e que é tida como a casa da cidadania, obrigatoriamente, perpassa pelo consagrado crivo da isonomia (que, *in casu*, traduz o nivelamento e a equidistância da balança da Deusa Themis, consagrando a imagem da Justiça). Só com a efetiva paridade de gênero, é possível consagrar o ODS 16 da ONU, o qual urge por paz, justiça – incluindo a *não discriminação* –, e instituições fortes.

4 Provimentos OAB 164/2015 e 202/2020: avanços para mulheres advogadas

Os Provimentos OAB 164/2015 e 202/2020 representam marcos importantes na promoção da igualdade de gênero, valorização da mulher advogada e diversidade eleitoral no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Provimento 164/2015, denominado Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada, foi instituído com o objetivo de fortalecer os direitos humanos das mulheres no contexto jurídico e fomentar a igualdade de gênero na advocacia brasileira. Por sua vez, o Provimento 202/2020 trouxe significativas alterações nos procedimentos eleitorais da OAB, visando promover a equidade de gênero e a representatividade racial nas eleições da entidade.

O Provimento 164/2015, intitulado Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada, representa uma significativa iniciativa promovida pelo Conselho Federal da OAB, com o propósito de fortalecer os direitos humanos das mulheres no contexto jurídico e de fomentar a igualdade de gênero na advocacia brasileira. Este provimento, instituído mediante a atribuição conferida pelo Estatuto da Advocacia e da OAB, estabelece uma ampla gama de diretrizes e medidas destinadas a valorizar e apoiar as mulheres advogadas em suas práticas profissionais (OAB, 2015, p. 1).

Entre as diretrizes delineadas pelo Provimento 164/2015, merece destaque a relevância seu artigo 2º⁵ atribuído à educação jurídica, visando à capacitação e ao empoderamento das mulheres no exercício da advocacia. Além disso, o plano ressalta a importância da defesa das prerrogativas das mulheres advogadas e a formulação de propostas que garantam sua plena participação e igualdade de oportunidades no cenário jurídico nacional.

⁵ Art. 2º O Plano Nacional de que trata este Provimento, no fortalecimento dos direitos humanos da mulher, terá como diretrizes:
I - a educação jurídica;
II - a defesa das prerrogativas das mulheres advogadas;
III - a elaboração de propostas que apoiem a mulher no exercício da advocacia;
IV - a implementação de condições diferenciadas nos serviços prestados pela Caixa de Assistência dos Advogados, que atendam a necessidades específicas da mulher advogada (OAB, 2015) Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/164-2015>.

Através desse dispositivo normativo, a OAB assume o compromisso de promover iniciativas educacionais específicas voltadas para as mulheres advogadas, visando não apenas à atualização técnica, mas também ao desenvolvimento de competências essenciais para sua atuação profissional. Neste contexto, Silva (2019, p. 135-136) afirma que investir na educação jurídica das mulheres significa proporcionar acesso equitativo a oportunidades de formação, promover o desenvolvimento de habilidades analíticas e argumentativas, e fomentar uma compreensão aprofundada dos princípios éticos e legais que regem a prática jurídica.

Uma outra inovação trazida pelo documento em análise é a implementação de condições diferenciadas nos serviços prestados pela Caixa de Assistência dos Advogados, visando atender às necessidades específicas das mulheres advogadas. Isso inclui a promoção do diálogo com as instituições para humanizar as estruturas judiciárias, bem como a criação de uma agenda de apoio à mulher na sociedade, abordando temas como a igualdade de gênero, o combate à violência doméstica e a defesa das mulheres em situação de vulnerabilidade (OAB, 2015, p. 1).

Ademais, o Provimento 164/2015 prevê a realização de um censo destinado a construir o perfil da mulher advogada no Brasil e por regiões, bem como a publicação periódica de pesquisas e artigos sobre a realidade social e profissional das mulheres na advocacia. Outras medidas incluem a criação de manuais de orientação, o apoio à capacitação por meio de cursos específicos e o monitoramento da criação de Comissões da Mulher Advogada em todas as Seccionais e Subseções da OAB. Entre essas medidas, pode-se destacar as atribuições da Comissão da Mulher Advogada proposta pela OAB -SP:

- São atribuições da Comissão da Mulher Advogada:
- 1 - Valorizar a mulher advogada, especialmente no exercício profissional, buscando ampliar o mercado de trabalho com remuneração condigna;
 - 2 - Pugnar pela eliminação das formas de discriminação da mulher no acesso às carreiras jurídicas e nas respectivas promoções;
 - 3 - Incentivar a participação ativa da mulher advogada nos órgãos de classe;
 - 4 - Combater a discriminação contra a mulher advogada, no exercício da advocacia, e sugerir soluções;
 - 5 - Buscar mecanismos de conscientização da mulher, especialmente da advogada, de forma a fa-

- vorecer sua plena inserção na vida socio-econômica, política e cultural;
- 6 - Defender os direitos da mulher, propugnando pela eliminação das discriminações que a atingem;
- 7 - Apoiar as iniciativas de órgãos públicos ou privados, que criem medidas de interesse vinculadas à problemática da mulher;
- 8 - Incentivar a participação da mulher advogada em todos os fóruns de trabalho da Comissão, em nível local, regional e estadual;
- 9 - Organizar, com as Subseções, encontros regionais periódicos, visando à integração Capital e Interior;
- 10 - Pugnar pelo respeito do princípio da igualdade entre os sexos, incentivando a advogada a assumir posição inovadora perante o Direito, de forma a adequar a técnica à realidade social. (OAB, 2015, p. 11-12)

O Provimento 164/2015 representa um marco na promoção dos direitos das mulheres advogadas no Brasil, estabelecendo uma série de diretrizes e medidas para garantir sua igualdade de oportunidades, participação e reconhecimento no campo jurídico. Ao valorizar e apoiar as mulheres advogadas, o plano contribui para a construção de uma advocacia mais inclusiva, diversificada e justa, em consonância com os princípios fundamentais da democracia e dos direitos humanos.

Em relação ao Provimento 202/2020, emitido pelo Conselho Federal da OAB, este representa uma significativa alteração nos procedimentos eleitorais da entidade, com a finalidade de promover a equidade de gênero e a representatividade racial no âmbito das eleições da instituição. Uma das principais mudanças introduzidas é a exigência de que as comissões eleitorais em níveis nacional e seccional sejam compostas por um número igual de advogados e advogadas, com a presidência preferencialmente ocupada por um membro que não seja candidato. Essa medida busca garantir uma representação equitativa de gênero na

⁶ Art. 2º A Diretoria do Conselho Federal, no mês de fevereiro do ano das eleições, designará Comissão Eleitoral Nacional, composta por 03 (três) advogados e 03 (três) advogadas e presidida, preferencialmente, por Conselheiro(a) Federal que não seja candidato(a), como órgão deliberativo encarregado de supervisionar, com função correccional e consultiva, as eleições Seccionais e a eleição para a Diretoria do Conselho Federal (OAB, 2020) Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/202-2020>.

condução do processo eleitoral, tanto em nível nacional quanto regional.⁶

Além disso, o Provimento estabelece que as chapas eleitorais devem atender a determinadas porcentagens mínimas de representatividade. Para registro de chapa, é exigido que haja um percentual mínimo de 50% de candidaturas de cada gênero, garantindo uma divisão igualitária entre homens e mulheres (OAB, 2020, p. 6).

Adicionalmente, o documento exige que haja um mínimo de 30% de advogados e advogadas negras nas chapas, considerando aqueles(as) que se autodeclaram negros(as) ou pardos(as). Essas medidas almejam promover a inclusão e a representatividade racial no processo eleitoral da OAB, incentivando a participação de advogados e advogadas negras em cargos de liderança na entidade. Em relação a esse aspecto Silva, Pereira e Santos (2021, p. 113) discorrem:

O que acontece com as mulheres negras, é uma dupla discriminação, sendo essa por gênero e raça. Essa dupla discriminação causou o atraso do desenvolvimento deste grupo na sociedade, haja vista que muitos estereótipos negativos do passado escravagista ainda permanecem. Cabe destacar que a problemática ocorre porque ao longo dos séculos o Brasil estabeleceu uma imagem deturpada do trabalho da mulher negra, imagem a qual traz como resultado uma marginalização e a exclusão delas em vários setores do mercado de trabalho.

Em síntese, o Provimento 202/2020 representa um importante avanço na promoção da igualdade de gênero e da diversidade racial no âmbito da advocacia brasileira. Ao introduzir mudanças nos procedimentos eleitorais da OAB, a instituição reafirma seu compromisso com valores de equidade, justiça e inclusão, fortalecendo assim a representatividade e a legitimidade do sistema representativo da Ordem.

O compromisso da OAB com a inclusão, diversidade e justiça no cenário jurídico nacional evidencia a busca da instituição pela construção de um ambiente mais igualitário e representativo. Essas iniciativas não apenas reconhecem as disparidades históricas e estruturais que permeiam a prática jurídica advocatícia, mas também buscam, ativamente, enfrentá-las por meio de políticas concretas e medidas normativas.

Conclusão

Este trabalho investigou a visão acerca das mulheres advogadas, aventando a relevância desta perspectiva no campo jurídico. A primeira seção examinou a evolução da presença feminina na advocacia brasileira ao longo dos séculos, destacando desafios e conquistas históricas. Desde períodos de restrição educacional até o século XX, marcado por avanços impulsionados pelo movimento feminista, em que houve uma gradual inclusão das mulheres na profissão jurídica. Exemplos como Myrthes Gomes de Campos e Maria Augusta Saraiva contribuíram com a demonstração de coragem, das pioneiras que desafiaram normas sociais estabelecidas (ou pré-formatadas, em uma estrutura preconceituosa e preconcebida como socialmente íncrita). Nesta seara, persistiam importantes desafios sistêmicos e sociais, a exemplo da disparidade salarial e a luta contra o assédio de gênero. Na análise filosófica de pensadores, como Simone de Beauvoir, Ângela Davis e Michel Foucault destacam a importância de valorizar as vozes femininas na busca por uma justiça mais equitativa. A integração da perspectiva feminina na prática jurídica não apenas enriquece o diálogo legal, como também questiona as estruturas de poder historicamente presentes no sistema jurídico. Em nossa visão, concluímos pela existência de um paradoxo ou uma antítese, caracterizada por uma Justiça injusta, metaforizada por uma Deusa Themis segurando uma balança de cabeça para baixo, contrariando a própria lei da gravidade, portanto.

A segunda seção analisou os desafios enfrentados pelas mulheres advogadas no Brasil, destacando a disparidade salarial, a sub-representação no Poder Judiciário e a persistência de estereótipos de gênero. Esses obstáculos impactam negativamente a jornada profissional das mulheres advogadas, afetando seu bem-estar financeiro e progressão na carreira. No entanto, medidas como políticas antidiscriminatórias e programas de apoio têm sido propostas para enfrentar esses desafios e promover um ambiente jurídico mais igualitário e diversificado. A conscientização sobre essas questões é crucial para impulsionar mudanças positivas no sistema jurídico brasileiro.

A terceira seção deste estudo abordou estratégias para promover a igualdade de gênero na advocacia brasileira. Destacou-se a importância de políticas institucionais, programas de capacitação e sensibilização, bem como a advocacia ativa. Essas iniciativas visam criar condições favoráveis ao avanço das mulhe-

res na profissão jurídica, capacitando-as e pressionando por mudanças estruturais. Em suma, a promoção da igualdade de gênero na advocacia brasileira requer uma abordagem integrada, a qual combine essas diferentes estratégias para criar um ambiente mais inclusivo e equitativo.

A quarta e última seção salientou algumas estratégias para a valorização da mulher advogada, exemplificadas pelos Provimentos OAB 164/2015 e 202/2020. O Provimento 164/2015, conhecido como Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada, foi uma iniciativa crucial para fortalecer os direitos das mulheres no campo jurídico e promover a igualdade de gênero na advocacia brasileira. Ele estabeleceu diretrizes abrangentes, incluindo medidas educacionais, defesa de prerrogativas e ações para adequar os serviços da Caixa de Assistência da Advocacia às necessidades das mulheres. Essas medidas visam capacitar as mulheres advogadas e garantir sua participação plena e igualitária na profissão. O Provimento 202/2020, por sua vez, introduziu mudanças nos procedimentos eleitorais da OAB, considerando à equidade de gênero e à representatividade racial. Ao exigir comissões eleitorais equitativas e porcentagens mínimas de representatividade nas chapas, a OAB reforça seu compromisso com a diversidade e a inclusão no âmbito da advocacia brasileira. Esses provimentos refletem os esforços da OAB para enfrentar as disparidades históricas e estruturais no campo jurídico, promovendo um ambiente mais igualitário, inclusivo e representativo.

Ao analisar a trajetória histórica da participação feminina na advocacia, desde períodos caracterizados por restrições educacionais até os progressos impulsionados pelo movimento feminista, este estudo contribui para o panorama social ao ampliar a conscientização sobre as disparidades de gênero e fomentar o diálogo acerca da igualdade e justiça na sociedade. No contexto jurídico, proporciona *insights* relevantes para a elaboração de políticas e práticas que assegurem a equidade de oportunidades e o respeito aos direitos das advogadas, o que, por sua vez, fortalece a eficácia e a legitimidade do sistema jurídico brasileiro. Ademais, no meio acadêmico, oferece uma base para pesquisas e estudos subsequentes, instigando ações tangíveis voltadas à criação de um ambiente jurídico mais equitativo, inclusivo e representativo para todos os profissionais envolvidos.

Referências

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; FIGUEIREDO, Rodrigo Pereira de. O esculpir da mulher brasileira: violência, submissão e resistência. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, v. 5, n. 1, 2020.

AZEVEDO, Úrsula Eustórgio Oliveira de. A REALIDADE DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NAS CARREIRAS JURÍDICAS. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 1, 2022.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. A igualdade entre homens e mulheres no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista ANADep**, v. 15, 2018.

BARROS, Carolina Viana de. A mulher nos cargos de formação do direito, direitos das mulheres e a constituição de 1988. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 12, 2021.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. Tradução Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. **Cadernos de Pesquisa**, v. 47, n. 163, 2017.

BRASIL (2023) Lei nº 14.611. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14611.htm. Acesso em: 25 Fev. de 2024.

CARDOSO, Marianna Helloiza Moraes. **O reflexo do movimento feminista na conquista dos direitos das mulheres e sua real importância**. Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II. Bacharel em Direito Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). 2020.

CARVALHO, Beatriz Gimenes de. TEIXEIRA, José Artur Gonçalves. A desigualdade de gênero e a advocacia feminina brasileira. **ETIC- Encontro De Iniciação Científica**- v. 14, n. 14, 2018.

DAVIS, Angela. A liberdade é uma luta constante. São Paulo: Boitempo, 2018.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Boitempo Editorial, 2016.

FAUSTINO, Ana Paula Menezes. As conquistas da mulher advogada. **In: OAB – Somos diversas. Os Desafios da mulher advogada**. 2020.

FELDEN, Patrícia. A categoria da “alteridade” em “O Segundo Sexo” de Simone de Beauvoir. **Sapere Aude**, v. 10, n. 20, 2019.

FOUCAULT, Michael. Soberania e Disciplina. **In: Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

IBGE (2021) **Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Disponível em:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101784>. Acesso em: 15. Fev de 2024.

IBGE (2021) **Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101784>. Acesso em: 15. Fev de 2024.

LEITE, Cristiane Damasceno (2023). Consultório Jurídico. **Mulheres advogadas importam: a luta da OAB contra o assédio moral e sexual**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-19/cristiane-damasceno-luta-oab-assedio-moral-sexual/>. Acesso em: 15. Fev de 2024.

LEWANDOWSKI, Ricardo (2023). Justiça e cidadania. **Hoje, o pluralismo jurídico é uma realidade inafastável**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/hoje-o-pluralismo-juridico-e-uma-realidade-inafastavel/>. Acesso em: 08 Fev. de 2024.

MAIA, Gretha Leite; OLIVEIRA, David Barbosa. A gestão de ilegalismos de Foucault como categoria de análise de questões jurídicas no Brasil. **Sequência (Florianópolis)**, v. 42, p. e78958, 2022.

OAB - SP (2015) **São atribuições da Comissão da Mulher Advogada**. Disponível em: [\[comissao-local-da-mulher.\]\(#\) Acesso em: 15 Fev. de 2024.](https://www.oabsp.org.br/subs/birigui/comissoes/mulher-advogada/atribuicoes/sao-atribuicoes-da-</p></div><div data-bbox=)

OAB (2020). Provimento N° 202/2020 Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/202-2020>. Acesso em: 15 Fev. de 2024.

OAB (2023). **OAB divulga dados inéditos sobre o perfil da advocacia brasileira**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/61715/oab-divulga-dados-ineditos-sobre-o-perfil-da-advocacia-brasileira#:~:text=A%20profiss%C3%A3o%20%C3%A9%20majoritariamente%20feminina%3A%2051%2C43%25%20s%C3%A3o%20mulheres>. Acesso em: 15. Fev. de 2022.

OLIVEIRA, Renata Domingues (2033). **Mulheres advogadas possíveis: A conciliação entre a vida pessoal e profissional no pós-maternidade**. Disponível em: <https://renatadomingues.com.br/artigos-e-livros/>. Acesso em: 15. Fev de 2024.

PAIVA, Francélia de Jesus Uchôa et al. **As mulheres nas carreiras jurídicas no país dos bacharéis: avanços e desafios de advogadas e magistradas no Estado do Amazonas**. (Tese) Doutorado em Direito. Universidade Federal do Amazonas, 2019.

RAGO, Margareth. “Estar na hora do mundo”: subjetividade e política em Foucault e nos feminismos. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, v. 23, 2019.

RODRIGUES, Larissa Bastos; LIMA, Oswaldo Pereira Júnior de. "O Lugar da Mulher Também é no Poder Judiciário": Um Olhar Sobre a Política Pública Judiciária de Incentivo à Participação Feminina Criada pelo Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, v. 9, n. 2, 2024.

SALES. Mariah Camelo Correia. **Advocacia Feminina: igualdade, desafios e conquistas**. OAB – Alagoas. Disponível em: <https://www.oab-al.org.br/app/uploads/2021/09/AdvocaciaFeminina.pdf>. Acesso em: 08 Fev. de 2024.

SALGADO, Gisele Mascarelli. As mulheres no campo do direito: retratos de um machismo à brasileira. **Revista UFU**. v. 44_n, v. 2, 2016.

SILVA, Luana Renata da; PEREIRA, Antonio Lucas Lira; SANTOS, Bruna Garcia dos. A luta da mulher negra contra as desigualdades de gênero e de raça na advocacia brasileira. **Revista Antinomias**, v. 2, n. 2, p. 102-119, 2021.

SILVA, Priscila Cristina Miranda da; BERTONCINI, Carla. Entraves para a feminização igualitária da advocacia brasileira. **Direito Público**, v. 18, n. 98, 2021.

SILVA, Salete Maria da. Feminismo jurídico: um campo de reflexão e ação em prol do empoderamento jurídico das mulheres. **Revista do núcleo de estudos e pesquisas em gênero & direito (UFPB)**, v. 8, p. 127-150, 2019.

VARANDA, Jessica Stella Rodrigues. O Sufrágio Feminino no Brasil: o movimento organizado feminino e o jornal A Noite (1930-1932). **Sociologias Plurais**, v. 9, n. 2, 2023.

WOLFF, Cristina Scheibe et al. Mais um número da REF: entre a esperança e os sobressaltos do processo eleitoral. **Revista Estudos Feministas**, v. 31, p. e93385, 2023.

Luz e força para as humanas e originárias pessoas

Silvia França de Souza Morelli

*Doutoranda em Direitos Humanos pela
Universidade Tiradentes/SE*

*Mestre em Direitos Humanos pela
Universidade Tiradentes/SE*

*Especialista em Direito de Família e Sucessões pela
Universidade Estácio de Sá*

Bianco Souza Morelli

*Advogado da CAIXA em Sergipe
Especialista em Direito Civil com foco no
Direito bancário e Empresarial pela
Universidade Federal da Bahia/BA*

RESUMO

O presente artigo ressalta a importância do lãnguio existir dos povos originários e tradicionais no cenário brasileiro. Considera relevante compreender que há um significado identitário nesse pertencimento humano, que contraria um feixe social de posições hierárquicas, as quais, durante anos a fio, as quais, durante anos a fio, extinguiram um tal saber cultural que os sempre situou em um patamar coletivo de marginalização. Aqui, eles são identificados como sendo produtores de uma fonte primária de energia que mantém acesa a chama desse humano conhecimento, o qual se conecta a um labor fomentador de uma aprendizagem que imprime uma especial e essencial assinatura. A responsabilização pelo extermínio de suas existências, de sua representatividade é de toda a sociedade. Sendo assim, parte-se da premissa que há um paradigma importante que afirma a necessidade de prescrutar a importância em proteger significada inteligência emitida por grupo, sob pena de se prestigiar um apagão já bem fortemente estruturado e promotor de um genocídio.

Palavras-chave: Pertencimento. Meio ambiente. Identidade. Genocídio.

ABSTRATC

This article highlights the importance of the languid existence of original and traditional peoples in the Brazilian scenario. It considers it relevant to understand that there is an identity meaning in this human belonging which contradicts a social group of hierarchical positions, which, for years on end, extinguished such cultural knowledge that always placed them on a collective level of marginalization. Here, they are identified as being producers of a primary source of energy that keeps the flame of this human knowledge burning that connects to a work that promotes learning that prints a special and essential signature. The responsibility for the extermination of their existence and their representation lies with the entire society. Therefore, it is based on the premise that there is an important paradigm that states the need to consider the importance of protecting significant intelligence issued by a group, under penalty of honoring a blackout that is already very strongly structured and promotes genocide.

Keywords: Belonging. Environment. Identity. Genocide.

Introdução

O tema levantado discute a importância em manter a proteção dos povos originários e tradicionais, firmando-se no ponto de vista de que a contribuição advinda dos mesmos cria reflexos diretos para a manutenção da cadeia vital. Aqui, eles são reconhecidos como sendo guardiães ambientais, haja vista possuir uma linguagem e conhecimento natural de pertencimento com o planeta ambiente.

Contudo, o perpassar histórico vem reduzindo sua dignidade pelo descrédito aplicado sobre suas ações relegadas a um plano de *status* inferior. Apesar desse caótico cenário, a análise primária consiste, por óbvio, na atual identificação de tais categorias humanas, em solo brasileiro, demonstrando-lhe a perseverança na transmissão de sadio saber aos descendentes.

O recorte temático se desenvolve apenas no contexto brasileiro, país de grandeza continental, com uma vasta flora e fauna, demonstrando a variedade de ambientes que se entrecruzam. Para tanto, traz a lume a irradiação da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais em vigência na ordem jurídica.

No capítulo inaugural, arguiremos a constante dizimação dos povos originários e tradicionais. No segundo momento, a existência e contribuição ambiental dos povos tradicionais sobreviventes. No terceiro momento, a pauta inclinará sobre o respeito, o reposicionamento e a responsabilização do Estado.

O desenlace do debate exposto pautar-se-á na confrontação de pontos defendidos nas assertivas lançadas, fomentando a elaboração de um raciocínio que favoreça as bases do rompimento de um pensar subserviente a comportamentos pautados em segregados.

Utiliza-se como metodologia, prioritariamente, a revisão bibliográfica, pelo amplo subsídio ofertado na presente.

1 Assolação dos povos originários e sua herança

Ser originário é nascer com a própria terra, difundindo sua tradição.

Para Stolze (2023, p.114), o homem ostenta uma natureza gregária em sua essência, e a natureza social e antropológica o faz reunir-se com o seu grupo humano para garantir sua sobrevivência e a realização de suas metas.

Existem infinitas razões que podem ser levantadas para explicar a dizimação dos povos originários que habitaram o Brasil. As páginas do processo histórico exibem as amarguras de vários processos modificadores de culturas originárias, que tiveram como pano de fundo interesses econômicos de poder e subjugação impostos a um grupo nacional, revelando quão minúscula foi a inteligência do opressor e a inexistente consciência coletiva.

Aduzindo ao texto, os povos indígenas não tinham formalizado leis, àquela época, para reger-lhes, abrindo campo para a fome colonialista europeia que se arvorou em reger a vida, impondo o código da Corte, dissolvendo toda a estrutura indígena existente, fomentando o início de um apagão cultural - Costa (2015, p.148).

A ordem jurídica do Brasil colônia não se desenvolveu linear e paulatinamente, mas no formato da metrópole de tradição romana, com prejuízo dos costumes, vontades, leis dos negros e índios, submetidos àquela imposição também fundada em parte da legislação eclesiástica, segundo Marcos Patrick Souza e Leoni José Bubola Lima (2019, p.01).

Verificar os períodos coloniais/imperiais do Brasil (século XVI) permite entender a origem do processo exploratório nos dois séculos iniciais XVI, XVII, pós-colonização forçada, os quais de-

ram azo para: ocupação amazônica com as entradas/bandeirantes; a introdução do sistema de *plantation* no nordeste brasileiro; o cultivo do açúcar e algodão; a forte cafeicultura do Sudeste no século XVII e XIX, provocando uma nova onda de territorialização das vítimas que ali residiam, os indígenas e os escravos africanos - Little (2003, p.255).

O nefasto processo exploratório foi o responsável em alocar o povo brasileiro, entenda-se, os índios que aqui residiam em um patamar de miserabilidade cultural, vez que todo o seu conhecimento foi pulverizado, em função de um comando europeu que se julgou superior àquela realidade descoberta, para tão somente manter um depredatório sistema mercantilista.

Conforme Flores (2009, p.18), os sistemas humanos dominantes e os processos separatistas de divisão do fazer humano alocavam os indivíduos e grupos desigualando-os, impedindo o acesso à tutela legal, promovendo a deslegitimação nas posições ocupadas nos sistemas sociais.

Sendo assim, conforme Beatriz Souza Costa (2017, p.153), a definição de um país desenvolvido atrelava-se à forte economia, conceito final do século XX, em completa oposição aos atuais indicativos classificatórios: melhor qualidade de vida, ou seja, proporcionar o acesso à educação, à saúde básica.

De acordo com Marcos Patrick Souza e Leoni José Bubola Lima (2019, p.01), os escravos abasteceram a colônia tornando-se as principais fontes produtoras do trabalho, pós-fracasso da mão de obra indígena, explorada anteriormente pelo conhecimento territorial. Naquela época, havia os latifundiários, os pequenos proprietários de terra, que eram os índios, mestiços e negros, sem nenhuma visibilidade social pela burocracia patrimonial portuguesa instituída, formada de donatários, senhores de escravos e proprietários de terra.

A ordem jurídica na colônia brasileira determinou quais eram os bens que conferiram o certo lucro oportunizador de crescimento e poder social aos seus donatários: as terras ocupadas pelos indígenas, os pequenos colonos, os próprios negros, os mestiços, as mulheres negras, as mulheres indígenas.

2 Epistemicídio e transfiguração humana

A permitida prática da desqualificação humana teve seu apogeu no século passado, constituindo verdadeiro pilar da dignidade social. Esse contumaz comportamento manteve-se forte e adentrou o novo século coroando seus temidos reis, os quais

não se envergonhavam do forte ranço que marcava seu caminho. O abismo dos homens entre os homens estava bem profundo, agora já era a hora de apagá-lo.

Assim, Ribeiro (1977, p.8) nominou de transfiguração étnica o processo imposto às populações indígenas sobreviventes do extermínio no período do Brasil colonizado.

Para Grégorie Garighan (2021, p. 01), o epistemicídio foi conceituado a partir de estudos sociológicos e explica o processo de invisibilização e apagão de contribuições culturais não absorvidas pela cultura ocidental, fundada no colonialismo europeu sob o pano de fundo de dominação imperialista.

Somando ao raciocínio, conforme Adenevaldo Teles Júnior (2018, p.113), as práticas de uma cultura indígena adulterada marcam a violência que impingiu sofrimento, criou impedimentos para manter viva a expressão de identidade, seja por meio do continuísmo de práticas habituais, seja pela preservação de conhecimentos tradicionais.

Aduzindo ao articulado, Campos (2019. p,18) responsabilizou o Estado Brasileiro, na época do regime ditatorial, sobre a vitimação de povos indígenas pelos atos de exceção proclamados pelo Estado brasileiro ditatorial, resultando em um apagão histórico.

A alienação imposta a um grande número de humanos foi capaz de alterar o corpo físico, convertendo-o em mercadoria, simbolizando a violência do terror colonial - Diogo dos Santos Reis (2020, p. 01).

O bloqueio de R\$ 250 milhões do orçamento do governo federal destinados à saúde indígena implicou seriamente na mortandade de crianças yanomamis, vítimas de malária, desnutrição, e de verme. Junior Hekurari, presidente do Conselho Distrital de Saúde Indígena (CONDISI) da Terra Indígena Yanomami, pediu socorro- Pública (2022, p. 01).

Dessa feita, a coisificação humana nasceu pelo propósito dos homens bons e éticos e expandiu seus domínios intelectuais pelo além-mar em busca da satisfação eterna. As pessoas marcadas com o estigma animalesco foram veladas em sua vida miserável para não compreender o significado do que seja uma luta com o devido respeito. Elas foram caladas como coisas que eram.

3 A recepção humana independe de lei: limbo jurídico

Os povos que ensinam uma natocultura, sejam eles quais forem, estejam eles onde estiverem, sobreviveram a todos esses

problemas porque apoiaram suas vidas em seus próprios pertencimentos: suas canções, falas, comportamentos, atos naturais. Essa sobrevida conjugação de dores não foi oportunizada, foi lutada. São sobreviventes e se reconhecem pertencidos às comunidades tradicionais.

Assim, viver pertencido com preito a uma etnia significa ser percebido humano, ser respeitado em virtude dessa aceitação, motivo único que denota a dignidade amparada no rol do art.1º, inciso II da CRFB.

Os pescadores, marisqueiras, quilombolas, extrativistas que vivem em comunidades tradicionais no estado de Sergipe publicaram uma carta aberta em meio ao transcurso da violenta pandemia do novocoronavírus. Citado documento iniciou sua petição exibindo a devastação a que foram submetidos pela nefasta exploração industrial. Apontados e identificados como apostemas, não tinham direito a ter direitos. O visível desespero desses seres humanos que sobreviveram custodiados na escuridão da marginalidade social estava por um fio de vida, o flagelo da fome foi o responsável em levá-los à fraqueza, ao adoecimento mental e à morte.

“Nós, povos e comunidades tradicionais viemos por meio desta Carta de Reivindicações relatar a gravíssima situação pela qual passamos nossas comunidades e família: estamos passando fome, em muitas de nossas casas não há o que comer, nos falta o alimento no prato e não temos tido condições de trabalhar em um cenário de isolamento social e prestes a completar dois anos do derramamento de petróleo, a maior tragédia-crime da história deste país.

Nossos territórios habitados por pescadores e pescadoras artesanais, marisqueiras, quilombolas, extrativistas, camponeses e uma diversidade de trabalhadores e trabalhadoras de muitos e diversos ramos são historicamente impactados por empreendimentos. Tais como: a indústria do petróleo, usinas eólicas, termoelétricas, especulação imobiliária, turismo predatório e a carcinicultura. Cotidiana e historicamente nossos direitos humanos são violados e nossa natureza é destruída. Dessa forma, tem sido cotidiana e histórica nossa resistência às tentativas de nos exterminar. Esse quadro foi profundamente agravado a partir de setembro de 2019, quando fomos impactados pelo

maior derramamento de petróleo do Atlântico Sul, o maior crime ambiental da história do país. Esse episódio impactou estruturalmente as comunidades, pois impediram que nós pudéssemos consumir e comercializar nossos produtos: peixes, mariscos, ostras, caranguejos, bem como, os outros crustáceos que conseguíamos extrair do mangue; o artesanato, as geléias, as polpas, etc.. Os impactos provocados tiveram efeitos imediatos em nossas vidas: (1) os produtos da pesca e da mariscagem foram danificados; (2) sem a comercialização de nosso pescado ficamos impossibilitados de comprar gêneros básicos para a alimentação, constituindo assim, um quadro grave de fome nos nossos territórios; (3) nós mulheres tivemos a perda de nossa autonomia financeira; (4) percebemos um grande aumento de casos de adoecimento mental em nossas comunidades; (5) muitos e muitas de nós ficamos adoecidos. Quem foi o responsável pelo derramamento do petróleo? Quais são os danos causados a nossa saúde e a de quem teve contato direto com esse material tóxico? E ao meio ambiente? Estes danos são reversíveis? Durarão por quanto tempo? O pescado consumido nos contaminou? Por que não houve acionamento do Plano de Contingência? Qual o interesse da base governista no Congresso Nacional em não aprovar a renovação da CPI do derramamento de petróleo, encerrada sem um relatório final? Estas perguntas ainda ecoam sem respostas. Pior, não houve uma política de reparação ampla e justa, capaz de minimizar momentaneamente os efeitos do derramamento. A Medida Provisória 908/2019 só considerou como beneficiários aqueles e aquelas que possuem Registro Geral da Pesca (RGP), porém este número não retrata o universo de pescadores, pescadoras e marisqueiras. Desde 2012 nossos pedidos estão travados. A lista dos beneficiários para recebimento do auxílio não tinha critérios definidos e, em Sergipe, apenas 7.282 pescadores o receberam. Antes de nos recuperarmos dessa situação e sem recebermos respostas, nem qualquer reparação pelos danos sofridos, fomos surpreendidos pela chegada da pandemia da Covid-19 em março de 2020. Como principal indicação para evitar a contaminação pelo coronavírus, recomendou-se que

ficássemos em casa e que evitássemos aglomerações, o que provocou o fechamento das feiras livres. Novamente perdemos a condição de comercializar nossos produtos e de trabalhar dignamente e as dificuldades trazidas pelo derramamento do petróleo foram agravadas” Fórum de Povos e Comunidades Tradicionais de Sergipe (2021, p. 02 uts 04).

A recepção humana não precisa de um procedimento para ser fazer presente. O seu efeito é abstrato. Não tem que ser redigida a termo, abrir-lhe um classificador e arquivar seus atos constitutivos em registro competente. Não precisa de pontos clausulados, que se entrecortam enfeixados em um procedimento ritualístico carecedor de publicação em Diários Oficiais para gerar efeitos ao conhecimento de todos. A humanidade é forte o suficiente para se fazer presente em qualquer púlpito, basta apenas haver um coração cheio de luz para gritar suas dores.

Analisando os contratos vigentes, a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) identificou omissão na escolha correta das cestas de alimentos distribuídas aos indígenas do Vale do Javari, na época do Covid-19, pela ausência de respeito às especificidades culturais e aos hábitos alimentares dos diferentes povos. Enviaram-se 19 toneladas de bistecas, as quais nunca chegaram às comunidades indígenas do Alto Solimões CNN (2023, p. 01).

Stolze (2021.p, 82) aponta a reviravolta axiológica trazida pelo Novo Código Civil de 2002 na ordem jurídica vigente, a qual se apartou de um perfil agrário, tradicionalista e conservador, se ocupando substancialmente com o indivíduo e sua conexão junto à Constituição de 1988.

Em que pese essa reviravolta axiológica que tomou a nova codificação civil por ter iluminado seu texto, idealizando uma proteção especial sobre a pessoa humana, sua família e concretude de seus fatos jurídicos, combatendo os praticantes de atos ilícitos que lhe furtem o direito de ter suas consciências. Então, como se explica tal grito de morte dessas famílias humanas? Será que as suas identidades não fazem parte do cadastro no acervo do órgão competente? Ou as suas existências se encontram em um limbo jurídico?

4 A Nota Técnica 06/2018-6CCR o ataque à PNCT

A importância de resgatar o respeito dessas culturovivências oriundas de tradição familiar permite a reconstrução de um con-

ceito sobre pessoas e suas diferenças. Aceitar e compreender são o início do respeito aos diversos seres humanos existentes.

Os grupos que possuam organização própria fundamentada em uma cultura extraída da conexão com o território e os recursos da natureza ali dispostos para a manutenção de suas existências foram reconhecidos pelo Decreto nº 6.040/2007, o qual estabeleceu a Política Nacional do Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNCT) - Brasil (2007, p.01).

Pois bem, a política dos homens bons se restringe a debates jurídicos preocupados em construir instrumentos jurídicos que respaldem interesses econômicos de grupos particularizados, não importando os deletérios efeitos que atinjam terceiros. Recentemente, a Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), a Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA) lançou a Nota Técnica 06/2018-6CCR, arguindo vício de inconstitucionalidade formal no Decreto n.º 6040/2007, o que desautorizaria sua permanência na ordem jurídica brasileira - Ministério Público Federal (2018).

Esse movimento, advindo de setores sociais detentores de uma generosa fala protecionista, objetivou anular uma referida proteção para grupos humanos que retiram sua sobrevivência do meio ambiente. Essa fala registrou, categoricamente, a anulação de milhares de vidas que dependem da autorização de terceiros não exercentes da alteridade. Essas pessoas já vivem na marginalidade dos direitos humanos e desconhecem o sabor de tê-los e, quando os alcançam, não entendem a razão de tamanha desigualdade a eles impingida.

As violações praticadas contra os povos indígenas brasileiros se aprofundaram no ano de 2021, através de ataques contra comunidades e suas lideranças, contendas com repercussão nos territórios e contra direitos constitucionais dos povos originários - Relatório (2021, p. 8).

Dimas Pereira Duarte Júnior e outros (2018, p.06) entendem que a não facultar aos jurisdicionados, os direitos fundamentais do art. 6º da CRFB provada está a omissão do Estado, construtor da assimetria social.

Trazendo ao articulado, Bianca Luiza Freire de Castro França (2022, p.21) lista 27 (vinte e sete) povos e comunidades tradicionais no Brasil: Andirobeiras; Apanhadores de Sempre-vivas, catingueiros, catadores de mangaba, quilombolas, extrativistas, ribeirinhos, caiçaras, ciganos, povos de terreiros, cipozeiros, castanheiras, faxinalenses, fundo e fecho de pastos, geraizeiros,

pantaneiros, pescadores artesanais, piaçaveiros, pomeranos, quebradeiras de coco de babaçu, retireiros, seringueiros, vazanteiros e verendeiros.

Conforme Dalva Maria da Mota e Emanuel Oliveira (2008, p.73), observam-se no litoral sergipano populações tradicionais, como, por exemplo: pescadores artesanais, marisqueiras, apanhadores de caranguejo, catadoras de mangaba que têm no extrativismo sua principal meta para existir, somando-se a essas atividades com a agricultura e outros meios de geração de renda.

De acordo com Viana e Baptaglin (2020, p. 23 ut 24), os waraos, conhecidos “povos das canoas”, são moradores de cabanas sobre palafitas, pacifistas, rurícolas, segundo maior grupo indígena da Venezuela, depois dos Wayuu/Guajiro, advindos da Delta Orinoco. Vieram para o Brasil, face a crise econômica que assolou a Venezuela, buscando moradia em Roraima. Na diretriz migratória forçada e de violência múltipla, esse indivíduo tem identidade nativa, possuidor de um tal conhecimento e readaptando em outro local, usando o artesanato, produtos e peças criadas a partir de matérias naturais de baixo custo para manter sua sobrevivência.

5 Seres humanos acolhidos e respeitados são seres não materializados

A civilidade humana foi ensinada aos filhos de todos os filhos da terra que a educação sempre é ainda ponto crucial para que se impeçam os conflitos, as guerras, as desolações, as separações, as crucificações de seres humanos. Contudo, mesmo tendo consciência de tal lição, não foi permitido o seu exercício.

O processo civilizatório se perfaz garantindo tutela às manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras, parágrafo 1º, artigo 215 CRFB.

O caminho para perseverar e fortalecer os direitos humanos alcançados é o do respeito.

Aduzindo ao articulado, basta ser humano para pertencer e possuir liberdade e dignidade respeitadas, irmanados em um espírito fraterno, inclusos na família universal, consoante a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, p.01).

Alinhados à senda onusiana, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 230/08/06/2021, disciplinando a atuação do Parquet junto aos povos e às comunidades tradicionais, orientando unidades, órgãos, notadamente no atendimento dos povos e das comunidades tradicionais: respeitando-se

a língua materna, a autoidentificação de pessoa ou grupo, a forma de organizar-se, vestir-se, pinturas corporais; a flexibilização de exigência quanto a trajés, priorizando o atendimento presencial, excepcionando o atendimento remoto.

As várias arguições de diversas violações de inúmeros direitos fundamentais praticadas contra esses seres humanos são nítidas, e se mantêm firmes na atual realidade, reproduzindo esse padrão humano segregatório, sem nenhuma perspectiva de alteração, a um, por haver forte entendimento de que o acúmulo de metais torna um país forte, e a dois, porque, em verdade, em verdade, o ser humano não materializado perdeu seu valor fundamental por ter se tornado uma coisa pela força da usura do capitalismo.

Conhecê-los é respeitar sua integridade oriunda das tradições, e isso importa na valorização desses habitantes de nosso país, destacando a contribuição da preservação que seu trabalho proporciona nos territórios ocupados, mantendo a biodiversidade. - França (2022, p.01).

Pontua-se sua representatividade como sendo paradigma que mantém habitantes estruturados em determinados territórios, conectados à proteção de um ecossistema que irradia efeitos benéficos no segmento de outros brasileiros.

Flávia Pessoa e outros (2016, p.206) arguem a necessidade de redirecionamento do olhar para uma visão que enxergue o capitalismo sob o paradigma humanista, aplicando-o nas relações jurídico-negociais, consagrando efetivamente a dignidade da pessoa humana, vetor insculpido na Constituição de 1988. A sociedade precisa de humanidade e fraternidade cristã em todos os campos, assim haverá impulso cristão que acolherá todos os seres humanos.

Os subsídios oriundos das culturovivências extraídas de grupos humanos identitários da origem ou tradição não podem ser ignorados em virtude de um poder político mantenedor de uma ideologia imperialista reinante, a qual segrega as pessoas em nome de uma sociedade racializada.

Os contextos sociais exibem as paisagens de determinada atividade e dos indivíduos orientados por meio dela, construtor de sua cultura, elemento criado, herdado na vida material e espiritual do homem, ou seja, originada através de fatos sociais - Ribeiro (2018.p, 43).

Portanto, afirma-se a colocação de todas as relações sociais na tutela estatal, conforme Antônio Carlos de Oliveira (2014, p.9), sendo reconhecidos pela Carta Magna numerosos direitos outrora censurados aos cidadãos, cuidando ao Judiciário preponderante papel como forma de assegurá-los.

Incluindo ao articulado, Osmarina Silva (2007, p.9) garantir a esses povos o ingresso ao território constitui a representação da manutenção viva de práticas sociais, hábitos, modos herdados por tradição os identifica socialmente imprime a memória viva construindo um simbolismo relevante.

No que pertine aos povos tradicionais, não está sendo praticada a objetividade constitucional, incisos III/IV, artigo 3º CF/88, que impõe ao Estado brasileiro a erradicação da pobreza e marginalização, promoção do bem de todos, excluindo preconceitos formados pela origem, sexo, idade, entre outros - Brasil, (1988, p.01).

A responsabilidade civil do Estado é objetiva, artigo 37, pág. 6º da CF/88, demandando a obrigação do ente em indenizar sempre que, através de conduta, gerar prejuízo a terceiro.

É a primeira vez que o governo federal lança a política voltada exclusivamente a pescadores e pescadores artesanais. Eles respondem por quase 60% do pescado produzido no país, 46% na Região Nordeste e 37 % na Região Norte - Brasil (2023, p.01).

O governo federal inaugurou um amplo programa para beneficiar 1 milhão de pescadores e pescadoras de todo o Brasil: "Povos da Pesca Artesanal", com enfoque nas regiões do Norte e Nordeste brasileiro. Citado grupo é formado por pescadores indígenas, mulheres negras, comunidades caiçaras, marisqueiras, jangadeiros, vazanteiros, ribeirinhos, extrativistas, pescadores quilombolas - Brasil (2023, p. 01).

Esses povos merecem o tratamento de respeito não somente porque continuam o agir de sua cultura, confrontando-a com o sistema capitalista, mas, também, porque esse agir é de crucial importância benéfica, que mantém sadio e protegido todo um meio ambiente que produz a vida de todos os seres do planeta.

Conclusão

O tema debatido possui relevância pelos reflexos maléficos que vêm sendo causados, diante da omissão, desde sempre, na vida social de todas as pessoas que vivem em sociedade, ressaído na atual conjuntura a completa desconsideração das formas humanas que não se enquadram no ambiente moderno padronizado.

Vislumbram-se, então, dois grandes eixos neste trabalho: primeiro, a descoberta de uma prática desvalorativa de um conteúdo humano, advindo de povos não respeitados por manterem vivas as suas heranças e costumes, e, segundo, a não responsabilização do Estado em face dessa aceita omissão.

Evidenciada a referida congruência, cabe dizer que os motivos anteriormente alçados ocorrem pela desinformação sobre o existir desses povos, e a ausência de políticas públicas que, realmente, se responsabilizem em prestar a digna informação sobre a aplicação da tutela prescrita a todos os seres humanos, independentemente de sua forma de vida.

Logo, percebe-se, de plano, uma inexistente atuação de política protetiva governamental, pelo não interesse relacionado à ausência de geração de lucro, riqueza, tecnologia e poder. presumindo que tudo aquilo que não assegure esse fim não tem qualificação para figurar em uma pauta preocupativa de discussão social.

Mas, mesmo assim, diante desse cenário, destaca-se ainda a plena vigência dos objetivos prescritos da CFRB: a construção da liberdade social com solidariedade, o desenvolvimento do garantismo nacional, a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais, e a sua não observância.

Por isso, questiona-se: como proteger esses povos margeados da tutela legal, mas que fazem parte da família onusiana pela condição humana ostentada?

Faz-se necessário identificar os grupos humanos remanescentes, se estão vivos, onde habitam, pesquisar suas experiências, sua cultura, ensinamento e contribuições, dentro de um panorama longo, para retribuir-lhes com as garantias legais destinadas a todos aqueles que fazem parte da família humana.

Esses grupos humanos, aqui citados, acreditam em uma existência atrelada ao respeito ao labor natural, que lhes permite uma experiência sobre um tal conhecimento de vida que, ao ser conjugado com o aprendizado adquirido, promove a unidade.

As dificuldades traduzidas em negação de direitos, segregação social, não os retiram do projeto do continuísmo vital em propagar sua herança cultural, por isso que o exame da formação e articulação dos tradicionais e originários povos destaca o enaltecimento da dignidade do ser humano.

Eles são considerados fenômeno social ímpar, construtor natural de um pertencimento, em uma configuração fundada em arranjos tradicionais, inauguradora de um sentido de multicultural.

A constância de suas tradições interfere diretamente no cenário biótico atual, conferindo vigor com seus geoposicionamentos, destacando a manutenção da vida humana, como sendo o grande objetivo almejado em todas as interpretações retiradas de todos os textos legais promulgados ao redor do mundo dos homens.

Entretanto, para a conquista da meta anteriormente referida, é mister unir os interesses que se mostram díspares em um contexto tido como socialmente organizado.

A busca para construir e estruturar com educação e respeito a identidade desses povos inicia-se com a construção de um processo dialético-pedagógico estimulador de condutas alteras geradoras de responsabilidades para aqueles que praticam a discriminação pela cor da pele, pelo uso de hábitos diferentes do seu, combatendo-se o olhar fundado em uma inferiorização que os impede de progredir como pessoa, e dessa feita, adotando esse caminho, se tornarão plenos, não apenas entre os seus sucessores, mas também para toda uma sociedade carente de saber humano.

A indiferença projetada sobre uma cultura, sem qualquer fundamento legal ou científico, sentencia os perseguidos à pena de banimento, de degredo, ou seja, os coloca em um limbo, bloqueando o contato com a sociedade em geral, e esta segue visivelmente cega, crédula em padrões moralmente corretos, produzidos por órgãos criados para recensear pessoas, mas não apontam a perda advinda de tal separação.

Descobrir a humanidade que repousa em cada ser ainda é a melhor forma de se perquirir como se aplica a fórmula do respeito, homenagem, consagração, atendimento a deveres, concebendo os efeitos das atitudes humanas relacionadas à sua evolução.

Possibilitar o respeito com educação às vivências escolhidas, sem impor-lhes tempo, e condição, tratar-lhes com igualdade, dignidade e liberdade e explicar a todas as gerações que o preconceito prejudica a todos de forma geral é o primeiro passo que os autoriza a entrar na mesa de discussão das variadas pautas que estimulam a cooperação dos povos para o progresso da humanidade.

Referências

A. Pública. **Governo bloqueia R\$ 250 milhões da saúde indígena: nota cita tentativa de reversão.** 2022. p, 01. Disponível em: <https://apublica.org/2022/09/governo-bloqueia-r-250-milhoes-da-saude-indigena-nota-cita-tentativa-de-reversao/>. Acesso em 01. ago.2022.

BRASIL. **Governo lança programa povos da pesca artesanal.** 2023. p,01. Disponível em: <https://www.gov.br/mpa/pt-br/assuntos/noticias/governo-lanca-programa-povos-da-pesca-artesanal>. Acesso em 04. ago. 2023.

BRASIL, **Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007**. Instituiu a política nacional de desenvolvimentos sustentável dos povos e comunidades tradicionais. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em 01.08.2023.

BRASIL, **Constituição Federativa do Brasil. Artigo 1º, inciso II**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em: 31. julho. 2023.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil. Artigo 1º, inciso III**, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em : 01.08.2023.

BRASIL, **Constituição Federativa do Brasil. paragrafo 1º do artigo 215**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm; Acesso em: 31. julho. 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 3º**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. 1988. Acesso em: 31. julho. 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 6º, caput**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/

[constituicao.htm](#). 1988. Acesso em: 31. julho. 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 36, parágrafo 6º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. 1988. Acesso em: 31. julho. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artísticos, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em 01. ago.2023.

BERTON, Daiane Calioni; SCHONARDIE, Elenise Felzke. **A contribuição da cidadania para efetivação dos direitos humanos em uma democracia**. 2015. p, 04. Disponível em: <file:///C:/Users/silvia.morelli/Downloads/7055-Texto%20do%20artigo-30524-1-10-20160922.pdf>;

CNN. Brasil. **Funai diz analisar todos contratos do governo Bolsonaro sobre envio de alimentos a indígenas**. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/funai-diz-analisar-todos-contratos-do-governo-bolsonaro-sobre-envio-de-alimentos-a-indigenas/>. Acesso em 01 ago. 2023.

CARTA. aberta dos povos e comunidades tradicionais, sobre a fome, derramamento de petróleo e a covid 19 á sociedade civil e aos órgãos competentes. 2021, p 01 ut 04. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2021/12/carta-brasil-amplia-exploracao-no-presal-e-pressiona-reserva-de-biodiversidade-marinha.pdf>; Acesso em: 01.08.2023.

COSTA, Beatriz Souza; TEIXEIRA, Angélica Cristiny Ezequiel de Avelar; **Sociedades tradicionais, desenvolvimento econômico e meio ambiente: reflexões sobre a sustentabilidade como valor constitucional.** 2019, p,148 ut p, 149. Disponível em: <https://saneamentobasico.com.br/wp-content/uploads/2019/08/artigosb.pdf>. Acesso em: 20. jane. 2023.

COSTA, Beatriz Souza; TEIXEIRA, Angélica Cristiny Ezequiel de Avelar; **Sociedades tradicionais, desenvolvimento econômico e meio ambiente: reflexões sobre a sustentabilidade como valor constitucional.** 2019. p,153. Disponível em: <https://saneamentobasico.com.br/wp-content/uploads/2019/08/artigosb.pdf>. Acesso em: 20. jane. 2023.

COSTA, Roseane Guimarães. **Direito dos povos indígenas e sustentabilidade: desafios de ser/sobreviver como Cocama longe da terra indígena.** 2015. p, 153. Disponível em: <file:///C:/Users/silvia.morelli/Downloads/direito-dos-povos-indigenas-e-sustentabilidade-desafi>

[os-de-sersobreviver-como-cocama-longe-da-terra-indigena.pdf](#). Acesso em 25 ago 2022.

FEDERAL, Ministério Público. **Nota técnica – 06/2018-06-CCR.** 2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-decreto-6040>. Acesso em 10 mar 2024;

FLORES, Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos.** 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/silvia.morelli/Desktop/A%20\(Re\)invencao%20dos%20Direitos%20Humanos%20-%20Joaqui%81n%20Herrera%20Flores.pdf](file:///C:/Users/silvia.morelli/Desktop/A%20(Re)invencao%20dos%20Direitos%20Humanos%20-%20Joaqui%81n%20Herrera%20Flores.pdf). Acesso em 25 novem 2022, p. 18.

FRANÇA, Bianca Luiza Freire de Castro. **Por que devemos falar sobre a valorização de Comunidades e Povos Tradicionais no Brasil?** 2022, p. 01. Disponível em :<https://portal.fgv.br/artigos/devemos-falar-sobre-valorizacao-comunidades-e-povos-tradicionais-brasil>. Acesso em 25 ao 2024.

FRANÇA, Bianca Luiza Freire de Castro. **Por que devemos falar sobre a valorização de Comunidades e Povos Tradicionais no Brasil?.** 2022, p. 01. Disponível em:<https://portal.fgv.br/artigos/devemos-falar-sobre-valorizacao-comunidades-e-povos-tradicionais-brasil>. Acesso em 21 fev 2024.

FRANÇA, Bianca Luiza Freire de Castro. **Por que devemos falar sobre a valorização de Comunidades e Povos Tradicionais no Brasil?.** 2022, p. 21. Disponí-

vel em: <https://portal.fgv.br/artigos/devemos-falar-sobre-valorizacao-comunidades-e-povos-tradicionais-brasil>. Acesso em 20 ago. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. São Paulo, 2021, p.114. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://doc-0c-b8-apps-viewer.googleusercontent.com/viewer/secure/pdf/jj37r8mumh28aboa5j5pll3s280d91hm/hd0ltuffs0cvu1h5b9ogq13l2ao2d824/1708527900000/gmail/15188866114552924571/ACFrOgDw6uh_C3xgoRn0pna-ywxrPkdGmh9mptV0VxPklignOxGKoU8kGhVotvIcFqEAp_9qggXmeVKk3OqMg-P6v7cvIRy3-rS7PiRktqI0-Q8EFYoJ9qK4GyyrZDE48Q4uCTSoCxfXZOeKDxCT?print=true&nonce=3t9a1t62llvvg&user=15188866114552924571&hash=6ql20nkb1amg4ur1hm8j240qkdrb14t3. Acesso em 21 fev 2024;

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. São Paulo. 2021, p.82. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://doc-0c-b8-apps-viewer.googleusercontent.com/viewer/secure/pdf/jj37r8mumh28aboa5j5pll3s280d91hm/hd0ltuffs0cvu1h5b9ogq13l2ao2d824/1708527900000/gmail/15188866114552924571/ACFrOgDw6uh_C3xgoRn0pna-ywxrPkdGmh9mptV0VxPklignOxGKoU8kGhVotvIcFqEAp_9qggXmeVKk3OqMg-P6v7cvIRy3-rS7PiRktqI0-Q8EFYoJ9qK4GyyrZDE48Q4uCTSoCxfXZOeKDx

CT?print=true&nonce=3t9a1t62llvvg&user=15188866114552924571&hash=6ql20nkb1amg4ur1hm8j240qkdrb14t3. Acesso em 21 fev 2024;

GARIGHAN, Gregorie. **Epistemicídio e o apagamento estrutural do conhecimento africano**. 2021. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/jornal/epistemicidio-e-o-apagamento-estrutural-do-conhecimento-africano/>. Acesso em 01. ago.23. p.01.

JUNIOR, Adenevaldo Teles. **O genocídio indígena contemporâneo no Brasil e o discurso da bancada ruralista no Congresso Nacional**. 2021, p, 113. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8463/5/Disserta%20a7%20c3%a3o%20%20Adenevaldo%20Teles%20Junior%20-%202018.pdf>. Acesso em 31 julh. 2023.

JUNIOR, Dimas Pereira Duarte. OLIVEIRA, Ilzver de Matos. OLIVEIRA, Icone Rocha. **Direitos sociais diálogo entre reserva do possível mínimo existencial e necessidades humanas. Social rights: dialogue between reserve of the possible, existential minimum and human needs..** Disponível em : <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/5732/47965104>. p.06. Acesso em 01. ago. 2023.

LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil:**

por uma antropologia da territorialidade. Anuário Antropológico. Rio de Janeiro. 2003, p, 255. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/anuario_antropologico/article/view/6871/7327. Acesso em: 27 ago. 2022.

MOTA, Dalva Maria da; PEREIRA, Oliveira Emanuel. **Extrativismo em Sergipe: A vulnerabilidade de um modo de vida.** 2009, p, 73. Disponível em: <http://raizes.revistas.ufcg.edu.br/index.php/raizes/article/view/288/270>. Acesso em 28 julh. 2023.

OLIVEIRA, Antônio Carlos de. **Judicialização das Relações Sociais.** 2014, p. 9. Disponível em: http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_31_apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 05 mar 2023.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SANTOS, Mariana. **O capitalismo humanista como um elemento para o desenvolvimento:** um regime econômico em consonância com os direitos humanos. The humanist capitalism as an element for development: an economic system in accordance with human rights. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/silvia.morelli/Desktop/Artigo%20-%20Capitalismo%20Humanista-%20Flavia%20Pessoa.pdf>

PÚBLICO. Conselho Nacional do Ministério. **Resolução nº 230, de 08 de junho de 2021.** Disciplina a atuação do Ministério Público brasileiro junto aos povos e comunidades tradicionais. 2021. Disponível

em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/CDDF/Resoluo-n-230-2021.pdf>. Acesso em 01.08.2023.

REIS, Diego dos Santos. **Saberes encruzilhados: (de) colonialidade, racismo epistêmico e ensino de filosofia.** 2020. p, 01. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/er/a/Hvf6N7pz6yxwk6J945MS9CC/?lang=pt#ModalTutors>. Acesso em 01.08.2023.

RELATÓRIO. **Violência contra povos indígenas no Brasil.** 2021. p, 08. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2021-cimi.pdf>. Acesso em 01.08.2023.

RIBEIRO, Gabriel Costa. **Lutar com os pés no chão para continuar caminhado. Uma ecologia política da megamineração de ferro no distrito do Vale das Cancelas.** (grão Mogol/MG). 2018. p, 44. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2018/09/Dissertação_GabrielRibeiro.pdf. Acesso em 01.08.2023.

RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a civilização.** Estudos de antropologia da civilização. Rio de Janeiro: Vozes, 1977. p, 8.

SILVA, Marina Osmarina. **Saindo da Invisibilidade – a política nacional de povos e comunidades tradicionais.** 2007. Disponível em:

file:///C:/Users/Cliente/Downloads/grmb,+In.Soc-2008-95.pdf. Acesso em 22 julh 2022.

SOUZA, Marcos Patrick; LIMA, Leoni José Bubola. **Desenvolvimento do direito na sociedade colonial. 2019.** Disponível em:(<https://jus.com.br/artigos/72053/desenvolvimento-do-direito-na-sociedade-colonial>). Acesso em 28.julho. 2023.

VIANNA, Hemanuella Karolyne Moura; BAPTAGLIN, Leila Adriana. **Artesanato indígena Warao: mudanças culturais e transformações no processo de produção. 2020,** p,23 ut 24. Disponível em:<https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/2667/1/Povos%20origina%CC%81rios%20e%20comunidades%20tradicionais%2C%20vol%206.pdf>; Acesso em 20 ago 2023.

Sistema de precedentes e sua aplicação no processo do trabalho

Maria da Graça Manhães Barreto

Advogada da CAIXA no Rio de Janeiro

Doutoranda em Direito Processual pela UERJ

Mestre em Direito Processual pela UERJ

Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Direito

Processual do Trabalho pela UERJ

Pós-Graduada em Direito Processual do Trabalho e

Direito Processual Civil pela UGF

RESUMO

Garantir a previsibilidade da atuação do Poder Judiciário é medida de inegável importância para a segurança jurídica e a pacificação social.

O sistema de precedentes brasileiro difere muito dos sistemas clássicos. Aqui, a decisão já nasce com o *status* de precedente, sendo vinculante por força de lei. Embora a decisão esteja apreciando um caso concreto, será utilizada como paradigma para a resolução de outros casos análogos. Não há uma ruptura com o sistema do *civil law*, mas existe uma inegável aproximação com o sistema da *common law*, ainda que os precedentes sejam tratados de forma diversa.

O presente artigo visa realizar uma análise dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque no Direito Processual do Trabalho.

Palavras chave: Precedentes vinculantes. Precedentes persuasivos. Sistemas jurídicos. Direito Processual do Trabalho.

ABSTRACT

Ensuring the predictability of the actions of the Judiciary is a measure of undeniable importance for legal security and social pacification.

The Brazilian precedent system differs greatly from classical systems. Here, the decision already has the status of precedent, being binding by force of law. Although the decision is considering a specific case, it will be used as a paradigm for resolving other similar cases. There is no break with the civil law system, but there is an undeniable

rapprochement with the common law system, even though precedents are treated differently.

This article aims to carry out an analysis of precedents in the Brazilian legal system, focusing on procedural labor law.

Keywords: Binding precedents. Persuasive precedents. Legal systems. Labor Procedure Law.

Introdução

Classicamente, os sistemas jurídicos são divididos em duas grandes famílias, formadas, de um lado, por aqueles baseados no modelo romano-germânico (*civil law*) e, de outro lado, por aqueles inspirados no modelo anglo-americano (*common law*). São tradições jurídicas com origens históricas distintas, que possuem particularidades na interpretação do direito. Atualmente, é inegável a confluência entre esses dois sistemas.

O Código de Processo Civil de 2015 é considerado um marco nessa tendência evolutiva ao valorizar a jurisprudência e os precedentes judiciais, além de criar hipóteses nas quais a decisão judicial já é prolatada com o *status* de precedente.

O sistema de precedentes adotado pelo código de 2015 difere muito do sistema de precedentes da *common law*. Trata-se de um sistema de precedentes imposto pela lei, que não foi construído culturalmente como ocorre nos países da *common law*. Tantas são as peculiaridades que até mesmo a utilização da expressão “precedentes” é criticada.

Os precedentes têm como objetivo garantir a previsibilidade e a segurança jurídica, mas não podem, em hipótese alguma, engessar o direito. As demandas da sociedade são dinâmicas e o direito precisa acompanhar as mudanças. Para isso, são previstos mecanismos de superação de precedentes, os quais devem ser utilizados com cautela, para que não haja prejuízo da segurança jurídica.

1 Dos sistemas jurídicos

1.1 Do sistema da *Civil Law*

O sistema *civil law* tem suas origens no Direito Romano, que sempre adotou como base a codificação. Ganhou força a partir da Revolução Francesa, como decorrência da necessidade de restringir a atuação do Poder Judiciário a simples declaração da lei,

uma vez que os juízes pré-revolucionários constituíam uma classe aristocrática, sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade. Negavam-se a aplicar a legislação caso fosse contrária ao interesse de seus protegidos. Não havia isenção para “julgar” (MARINONI, 2023, p.42). O Poder Judiciário era visto como defensor dos direitos de classes privilegiadas, o que não era compatível com os valores da Revolução Francesa.

Neste contexto histórico, surge a ideia de que os juízes devem apenas respeitar e declarar as leis editadas. O poder do juiz deveria ser limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, sendo proibida qualquer interpretação. Isto é, os juízes deveriam ser simplesmente a “boca da lei” (*juge bouche de la loi*). Neste sentido, em agosto de 1790, foi promulgada a Lei Revolucionária, a qual determinava que “Os Tribunais não podem, sob pena de abuso de autoridade, participar direta ou indiretamente do exercício do Poder Legislativo, tampouco impedir ou adiar a execução de qualquer decreto emitido pelo legislador” (AMARAL, 2022, p. 21). Havia, ainda, previsão de que os Tribunais deveriam se reportar ao corpo legislativo, sempre que necessário, a fim de interpretar uma lei. Assim, a legislação da época era clara ao proibir o Poder Judiciário de interpretar a lei e conferia a faculdade de pedir ao legislativo o esclarecimento do texto legal, mediante o que se chamou de *référé législatif* facultativo.

Para alcançar esse objetivo, a legislação deveria ser clara e completa, capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas, para evitar qualquer interferência judicial. Manter o juiz preso à lei era sinônimo de segurança jurídica.

O *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas aplicaria a lei, o que seria suficiente para garantir segurança e previsibilidade no trato das relações sociais, como também imaginou que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos (MARINONI, 2023, p. 49). Acreditava-se que na lei estava contida a vontade do povo e, sendo esta respeitada, a vontade do povo também seria respeitada.

Atualmente, o papel do Poder Judiciário não permanece o mesmo daquele narrado na Revolução Francesa. A noção de uma norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do Parlamento não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Verificou-se que a lei poderia ser criada até mesmo de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça.

A Constituição passa a ter supremacia em relação aos demais instrumentos legislativos, sendo garantidos mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A partir do momento que a lei deve obedecer à Constituição e seus princípios, o papel do juiz não pode ser de somente aplicar a lei. As técnicas legislativas também foram alteradas, passando a utilizar conceitos indeterminados e cláusulas gerais, traçando apenas parâmetros, definindo valores, mas não mais prescrevendo uma conduta determinada, exatamente para permitir que a norma seja adequada e acompanhe as alterações sociais.

Sobre o tema, explica Marinoni (2023, p. 53):

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Esta “substância” e estes “princípios” foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem “rígidas”, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária; A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia

Assim, o modelo do *civil law* idealizado na Revolução Francesa foi descaracterizado com o passar do tempo, surgindo um modelo de juiz completamente distinto, com maior liberdade na interpretação das leis. Verifica-se, no mundo contemporâneo ocidental, uma tendência que aponta para o incremento dos poderes do juiz, não somente na interpretação da lei, como também na condução do processo.

Nas palavras de Marinoni (2023, p. 78):

A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, esta noção manteve-se viva, ainda que a evolução do *civil law* descaracterizasse-a. Lembre-se de que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização de normas abertas fizeram surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*.

1.2 Do sistema da *Common Law*

O *common law* é o sistema de direito derivado das decisões judiciais e não diretamente das leis, dos Códigos ou da Constituição. Sua origem remonta à Inglaterra do século XI, após a conquista normanda, em 1066. No período anterior, a Justiça era exercida através de cortes locais (*local courts*). Não havia uma administração geral da Justiça para todo o país. Após a conquista, foram desenvolvidas cortes reais, sendo os primeiros juízes conselheiros próximos do rei, que viajavam pelo país verificando a administração local e decidindo disputas. Com as viagens pelo país, os juízes adquiriram um conhecimento aprofundado do direito consuetudinário e acreditavam que os casos de interesse nacional não deveriam ser decididos de acordo com o direito local, mas, sim, de acordo com um sistema nacional único de direito comum, o qual deveria levar em consideração uma combinação de costumes locais baseada naquilo que eles tinham aprendido. Era o direito comum a toda a Inglaterra (*common law*), ao contrário do direito local, que até então prevalecia, e variava de acordo com o lugar (ALMEIDA, 2016, p. 526).

Desta forma, a origem da *common law* não tem relação direta com o respeito aos precedentes. Não havia, em sua gênese, a ideia de que os precedentes seriam vinculantes. Isso acabou acontecendo de forma natural. Os casos eram decididos pela aplicação da lei comum, até o momento em que as próprias decisões passaram a ser consideradas direito.

Segundo Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas (2019, p. 73):

O *common law*, é interessante observar, não teve início com a adoção da explícita premissa ou da regra expressa de que os precedentes seriam vinculantes. Isso acabou acontecendo *naturalmente*, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino, até o momento que as *próprias decisões* passaram a ser consideradas de direito. Assim, desenvolveu-se o processo de *confiança* nos precedentes e, a rigor, nunca foram definidos com precisão o papel dos precedentes e o método correto de argumentação a partir dos precedentes.

Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos

das liberdades do cidadão. Não havia motivo para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou das classes dominantes. Não havia necessidade de determinar a aplicação estrita da lei, como ocorreu na Revolução Francesa.

O conceito de *common law* não se confunde com o conceito de *stare decisis*. Este é apenas um elemento do moderno *common law*, que surgiu no curso do seu desenvolvimento para dar segurança às relações jurídicas. O *stare decisis* tem sua origem na expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que, em tradução livre, significa: “mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto”. É a política que exige que as cortes subordinadas à corte de última instância sigam aquele precedente e não mudem a questão decidida (MELO, 2005, p. 180). Não existe norma escrita que imponha a sua observância. É uma regra que surgiu da cultura jurídica e evoluiu em razão da necessidade. A insuficiência de leis escritas que regulassem as relações de forma completa levava à observância do direito não escrito e dos costumes. A existência de decisões reiteradas e a necessidade de manter a coerência e isonomia entre casos similares acabaram ocasionando a observância dos precedentes. Posteriormente, passou-se a aceitar que o precedente criava direito, e não apenas declarava um direito preexistente.

Sobre o tema, conclui Cesar Pritsch (2020, p. 107):

Entretanto, embora parte dos juristas modernos tenha a doutrina do *stare decisis* como elemento formativo da *common law*, tal não parece preciso em termos de evidência histórica. A doutrina de que decisões anteriores determinariam decisões futuras se firmou bem mais tarde, por volta dos séculos XVIII e XIX. É que a citação a argumentações e resultados de precedentes evoluiu aos poucos, pois dependia de um registro confiável. Não havia, nos séculos XII e XVII um conceito bem desenvolvido de precedente.

Ainda sobre o precedente como fonte de direito, importante ressaltar o entendimento de Marinoni (2023, p.31):

Quando se diz que o precedente da *common law* cria o direito, não se está pensando que ele tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo Legislativo, isto é, da lei. Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força

obrigatória, constitui direito. O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há um direito preexistente com força normativa, quando é visível que o juiz não está a criar um direito. Na verdade, também no caso em que havia apenas o costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro.

A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir o indício de que o juiz cria o direito. A admissão do precedente como fonte de direito ou a força obrigatória do precedente não significa que o judiciário tem poder para criar o direito.

A existência de leis não se opõe ao *common law*. Ainda que os países alinhados à tradição do *common law* tenham as decisões judiciais como fonte de direito, isso não significa que não possuem leis escritas que devem ser respeitadas. O Legislativo não se opõe ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir (MARINONI, 2023, p.29). Na tradição do *common law*, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas cortes nos casos concretos para, a partir delas, criar a lei que expressava a vontade comum.

Apesar de originário da Inglaterra, há vários modelos de *common law*, com as suas próprias características. A possibilidade de alteração e mudança de entendimento é tratada de forma muito mais rigorosa no direito anglo saxônico do que no direito americano. A Suprema Corte Americana e os tribunais superiores entendem que não estão vinculados às suas decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência, ao contrário do que ocorria na *House of Lords*, onde prevalecia o entendimento de que o precedente não poderia, em hipótese alguma, deixar de ser aplicado. Esse entendimento somente foi atenuado em 1966, com a edição do *Practice Statement*, o qual admitiu a possibilidade de superação (*overruling*), além da distinção de casos concretos (*distinguishing*), dos seus precedentes, em determinadas situações.

No sistema do *civil law*, imaginou-se que a segurança e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e sua estrita aplicação pelos juizes. Sendo a lei única, não haveria decisões divergentes. No sistema da *common law*, nunca houve

dúvida de que os juízes poderiam proferir decisões diferentes, sendo a força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança jurídica (MARINONI, 2023, p. 49).

Atualmente, o papel do juiz do *civil law*, especialmente o juiz brasileiro, que realiza controle de constitucionalidade, muito se aproxima da função exercida pelo juiz da *common law*. Apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes.

Sobre a questão, nos ensina Marinoni (2023, p. 78):

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria a tradição de *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que esta tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis* enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões.

1.3 Da tendência mundial da confluência dos sistemas

Atualmente, a distinção entre os sistemas da *common law* e da *civil law* é cada vez menos acentuada. Já na década de 1960, Cappelletti (1974, p. 358) realçava o movimento de confluência dos sistemas de *common law* e *civil law*, fenômeno que se verifica até nos dias de hoje.

Em países do sistema da *common law*, o papel do direito legislado não para de crescer. Podemos citar como exemplo, na Inglaterra, a promulgação da Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permitiu a declaração de incompatibilidade de normas internas com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), pela qual se criou a Suprema Corte do Reino Unido, situada fora do Parlamento, a fim de reproduzir o sistema tradicional de tripartição de poderes adotado pela Comunidade Europeia, e, entre 2014 e 2015, uma série de reformas promovidas por lei que tornaram possível a aposen-

tadoria, a suspensão e a exclusão de membros da *House of Lords*. Nos Estados Unidos, foi editada, em 2010, a Lei de Proteção ao Paciente e de Tratamento a Custo Acessível (*Paciente Protection and Affordable Care Act*), com o propósito de implementar rápidas mudanças sociais no acesso aos serviços de saúde e reduzir seus custos (BARROSO; MELLO, ANO, p. 6).

Nos países vinculados ao sistema do *civil law*, o movimento ocorre em sentido contrário: o papel e a relevância da jurisprudência se tornam cada vez maiores. Verifica-se uma tendência a conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões proferidas pelas cortes constitucionais, como acontece, atualmente, com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, ainda que a principal fonte seja o direito positivo, os países de *civil law* têm a tendência de respeitar a jurisprudência (decisões reiteradas), em especial de órgãos de segunda instância, e as decisões de Tribunais Superiores têm a vocação de se tornar precedentes (uma única decisão a ser “repetida” em casos idênticos) (ALVIM, 2019, p. 173). Não se pode negar que as tradições do *common law* e do *civil law* estão se aproximando em determinados aspectos, como na aplicação dos precedentes judiciais.

No entanto, permanecem sendo institutos distintos. Como ressalta Talamini (2016, p. 3):

Há décadas, nota-se uma aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*: Cada vez é maior a relevância que a jurisprudência assume na *civil law*; são cada vez mais frequentes as normas jurídicas, na *common law*, que advêm de textos legais positivados. Mas permanecem sendo modelos muito distintos. O papel que os precedentes (no sentido próprio, tradicional) têm na *common law* não deriva de uma simples atribuição de especial eficácia a eles – de resto inexistente. Antes, é fruto de seculares tradições. O direito inglês consolidou-se dessa forma: com um conjunto de costumes, decisões judiciais e mesmo, na origem, manifestações doutrinárias de tratadistas formando um arcabouço jurídico que veio a constituir a “lei da terra” ou “lei comum”. A ideia de que o direito é aquilo que os tribunais decidiam no passado, que os antepassados tinham por correto, está arraigada nessa tradição jurídica.

Esse fenômeno pode ser verificado também no Brasil, que começou a adotar técnicas de aplicação e obrigatoriedade dos precedentes judiciais. No processo do trabalho, a valorização da jurisprudência teve início em período anterior ao Código de Processo Civil de 2015. A Lei nº 9.957/2000, que inseriu diversos dispositivos na CLT, instituindo o procedimento sumaríssimo, admitiu, no §6º do art. 896, a interposição de recurso de revista para o TST somente por contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST e violação direta da Constituição. A violação à lei federal não foi prevista como hipótese de cabimento. Em 2014, a redação foi alterada pela Lei 13.015 (art. 896, §9º, CLT) passando a incluir como hipótese de cabimento também a contrariedade à súmula vinculante do STF, o que reforça ainda mais a valorização da jurisprudência em nosso ordenamento.

O Código de Processo Civil de 2015 é considerado um marco nessa tendência evolutiva e trouxe uma ruptura com relação à tradição da *civil law* (ALVIM, DANTAS, 2019, p. 274). Sem dúvidas, o Código de Processo Civil de 2015 prestigia os precedentes e cria hipóteses nas quais a decisão judicial já é prolatada com o *status* de precedente.

Contudo, essa ruptura não é suficiente para que se possa dizer que nosso sistema não seria mais o da *civil law*. Nosso sistema de precedentes difere do previsto na *common law*, em que toda decisão pode ser considerada um precedente. Em nosso ordenamento, apenas algumas decisões possuem essa aptidão, conforme definido em Lei. Podemos encontrá-las, majoritariamente, no art. 927 do Código de Processo Civil. No tocante ao recurso de revista repetitivo, a previsão se encontra no art. 896-B da CLT, incluído pela Lei 13.015/14.

2 Dos precedentes judiciais

2.1 Conceito, elementos e classificação dos precedentes

Garantir a previsibilidade da atuação do Poder Judiciário, através de seus magistrados, é medida de inegável importância para a segurança jurídica e a pacificação social.

Nas últimas décadas, o ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo modificações para abarcar partes do sistema da *common law*, com o consequente estabelecimento de precedentes de observância obrigatória para todos os magistrados.

A ideia é a de garantir o *stare decisis*, ou seja, a manutenção da regra jurisprudencial criada, de forma a evitar decisões

conflitantes em questões iguais. A observância dos precedentes garante ao jurisdicionado a certeza de que o Poder Judiciário decidirá de forma coerente e conforme com decisões anteriores, com as necessárias confiabilidade e previsibilidade que se esperam da atuação jurisdicional.

A relevância do sistema de precedentes se consagra na necessidade da previsibilidade do provimento jurisdicional. A prolação de decisões díspares sobre a mesma controvérsia, além de causar a insegurança jurídica, infringe o princípio pelo qual as partes têm que ser tratadas de forma igualitária e isonômica em face da lei, seja no âmbito do direito material, quanto no próprio direito processual.

O sistema não foi introduzido para “engessar” ou “limitar” a atividade jurisdicional. O que se espera na formação de um precedente e, também, da utilização das técnicas de sua superação é o intenso debate sobre as controvérsias jurídicas que afetam a questão, de modo a se estabelecer o tratamento equânime, garantindo que os jurisdicionados tenham a previsibilidade do conteúdo da decisão e daí advindo a segurança jurídica da interpretação do ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário.

Precedente, em sentido amplo, é uma decisão sobre um caso concreto, cujo fundamento poderá ser utilizado para decisões futuras em casos semelhantes. São decisões paradigmáticas, proferidas pelas cortes superiores e pelos órgãos colegiados de segundo grau, as quais servem de modelo para os demais órgãos do Poder Judiciário.

Segundo Felipe Amaral (2022. p. 36):

Em uma visão ampla do conceito, entende-se que precedente é um evento passado, que serve como guia para uma ação presente. Assim sendo, seria toda decisão judicial, tomada à luz de um caso concreto cujo elemento normativo poderá servir como diretriz para casos futuros análogos. Como pode ser percebido a concepção ampla de precedente não trata dos efeitos que serão produzidos pela decisão (se vinculantes ou não), nem mesmo de qual parte da decisão será utilizada em um momento posterior (fundamentação, dispositivo, entre outros). Sendo assim, o único critério utilizado, para os adeptos da concepção ampla, é o fato de a decisão judicial poder ser uma diretriz para casos futuros. Portanto questões relaciona-

das a efeito elementos e técnicas de superação não influenciariam no conceito de precedentes judiciais.

Por outro lado, a concepção restrita entende por precedentes judiciais as decisões que vinculam outros órgãos e juízes. Seria desse modo, o pronunciamento judicial qualificado que, em virtude da sua autoridade consistência, vincula outros juízes em julgamentos posteriores servindo, portanto, como paradigma.

No julgamento de um precedente, o magistrado, ao decidir, é incumbido de criar duas normas jurídicas: uma de caráter geral e outra individual. A de caráter geral é derivada de sua análise a respeito da matéria fática suscitada na causa em cotejo com o direito aplicável, devendo o magistrado expor, na fundamentação, os motivos que sustentam a adoção de determinada tese jurídica. Esses motivos devem ser bem delimitados e precisos, pois servirão de referencial para julgamentos de casos análogos pelos demais órgãos judiciais.

O pronunciamento judicial no precedente não é dirigido apenas aos litigantes, pois ultrapassa as fronteiras da lide para alcançar a sociedade e servir de paradigma para outros julgados. É formado com a exposição dos fundamentos da decisão e não apenas de suas conclusões, de maneira a possibilitar que todos tenham acesso aos aspectos hermenêuticos e argumentativos que determinaram a decisão tomada

Embora a decisão esteja apreciando um caso concreto, o juiz deve ter em conta que a sua decisão não vale apenas para aquele caso, e será utilizada em casos semelhantes. O juiz constrói uma norma paradigmática para resolver outros casos. O enunciado universal é produto do raciocínio jurídico utilizado para solucionar o problema derivado do caso concreto, mas com pretensão de ser aplicada a outros conflitos.

A norma de caráter individual criada pelo juiz é a solução propriamente dita a ser atribuída a um determinado caso, que entrega a prestação jurisdicional aos litigantes. A norma aprecia o caso concreto, destina-se às partes e ficará acobertada pela coisa julgada (FACO, 2016, p.25).

É importante, ainda, diferenciar precedentes vinculantes dos persuasivos. Os vinculantes servem como parâmetro obrigatório de observância para casos subsequentes, os quais tratam da mesma questão jurídica e estão previstos, em sua maioria, no artigo 927 do CPC. Já os persuasivos não possuem esse caráter vinculante,

mas, apesar de não haver obrigatoriedade de aplicação do precedente persuasivo, eles influenciam na formação de outras decisões, na formação da convicção do juízo, até pelo dever de fundamentação das decisões.

Há três graus de obrigatoriedade da vinculação ao precedente, de acordo com a lição de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas (2019, p. 275):

Forte: quando o respeito ao precedente é exigido, sob pena do manejo da reclamação, como por exemplo as decisões proferidas em recurso extraordinário e especial, os acórdãos proferidos em IRDR e IAC, decisões em controle de constitucionalidade, além das súmulas vinculantes do STF.

Média: quando o afastamento do precedente é atacado através da interposição do recurso ou quando há previsão legal processual de “facilidades procedimentais” que levam à abreviação do processo, como por exemplo o artigo 332 do CPC, que autoriza o julgamento liminar de mérito nas hipóteses de contrariedade à sumula do STJ ou STF, acórdão proferido no sistema de precedentes (repetitivo, repercussão geral, IRDR e IAC).

Fraca: de conteúdo apenas cultural. Decorre do bom senso na utilização do precedente.

Conforme Teresa Arruda Alvim, o que distingue a vinculatividade forte da média é, exatamente, a existência de instrumentos processuais (especialmente, a reclamação), os quais autorizam o tribunal cujo precedente foi desrespeitado a impor o seu entendimento *per saltum*, sem a necessidade de manejo de recursos.

2.2 *Ratio decidendi e obiter dictum*

A distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* é tarefa essencial para a efetividade do sistema de precedentes e, também, a mais difícil na sua aplicação.

Ratio decidendi (ou *holding*, no direito norte-americano) é a essência da tese jurídica, que é utilizada como parâmetro para decidir o caso concreto. É o elemento que detém a eficácia vinculante do precedente, composto pela indicação dos fatos relevantes da causa, do raciocínio lógico jurídico desenvolvido e, também, do próprio juízo decisório. É obtida através de um

processo complexo de interpretação da decisão judicial vinculante, com a identificação dos fatos atrelados à controvérsia, o raciocínio jurídico desenvolvido para o alcance da decisão e a fixação da tese, que servirá como norma geral diretriz na solução das questões semelhantes.

Obiter dictum é o elemento do precedente que se constitui pelos argumentos expostos de passagem, de forma tangencial, para a motivação do julgado, prescindíveis para a solução da controvérsia. São argumentos adicionais, de mero reforço argumentativo, que não podem ser considerados tecnicamente como fundamentos do julgado e não possuem eficácia vinculante. No entanto, não se descarta que o *obiter dictum* possa significar um sinal de que aquela pode vir a ser, no futuro, a orientação do tribunal.

Nada impede que, no *obiter dictum*, constem normas e princípios jurídicos relevantes, travados importantes debates ou discussões teóricas. Por não se relacionarem ao caso sob julgamento, ou por serem desnecessários para a conclusão, não podem integrar a *ratio decidendi* (FACO, 2016, p. 36).

Quando não é possível identificar a *ratio*, seja por ausência de fundamentação ou deficiência nas razões de decidir, a decisão será nula, por ausência de fundamentação. Não havendo como extrair a norma geral, o precedente será nulo por inviabilidade na sua aplicação.

2.3 Jurisprudência ou precedente?

Embora seja correto afirmar que todo precedente, em sentido amplo, é uma decisão judicial, nem toda decisão tem aptidão para formar um precedente. É preciso que o pronunciamento judicial tenha pretensão de universalizar a solução jurídica, permitindo que seja reproduzida em outras decisões. Assim, o precedente não é um tipo de decisão judicial, mas sim a qualidade de um julgado. Se a decisão apenas aplica a lei de forma automática, sem indicar os motivos pelos quais realizou determinado enquadramento jurídico, apenas reproduziu os fundamentos utilizados por decisões anteriormente proferidas ou simplesmente reafirmou um precedente, não há razão para que seja utilizada como padrão para outras decisões, não podendo ser considerada um precedente.

Embora o precedente possa ser constituído por qualquer pronunciamento judicial, independentemente dos efeitos persuasivo ou vinculante, nem toda decisão judicial equivalerá a

um precedente. Somente serão consideradas precedentes aquelas decisões que tiverem potencialidade de firmar uma tese jurídica universal.

As súmulas constituem o resumo do entendimento predominante de um tribunal, decorrente da análise de sucessivas decisões sobre determinada matéria, cuja controvérsia é eliminada quando a interpretação majoritária é cristalizada em um enunciado geral e abstrato. Não se trata de uma decisão proferida em um caso concreto, mas no resumo de uma tendência jurisprudencial adotada. Depende de procedimento específico para sua aprovação, previsto no regimento interno dos tribunais.

O enunciado da súmula expressa a *ratio decidendi* das decisões reiteradas sobre determinado tema, veiculando uma regra geral e abstrata.

Precedente não se confunde com súmula. O precedente é uma decisão judicial com potencialidade para se aplicar em casos futuros. A súmula é o resultado de várias decisões judiciais, que contém apenas um dos elementos do precedente, qual seja, a *ratio*, com formulação de enunciado geral e abstrato com conotação de lei, mas, em regra, destituído de força vinculante.

Na criação da súmula, não há debate entre os litigantes e da possibilidade de influírem no julgamento, isto é, o seu enunciado é elaborado sem a observância do contraditório. Não se trata de uma decisão judicial, mas do entendimento dominante de um tribunal sobre um ponto, a partir de reiterados julgados. Não existe a mesma legitimidade de um precedente, que derivou de uma decisão proferida em um caso concreto, em que as partes tiveram a oportunidade de exercitar o contraditório.

A jurisprudência é, em sentido amplo, um conjunto de decisões judiciais proferidas em um mesmo sentido, pelos tribunais, sobre uma mesma matéria. São as decisões reiteradas do tribunal.

Tanto o precedente como a jurisprudência revelam a interpretação do direito pelo Judiciário e se fundam no postulado de justiça de que casos iguais merecem o mesmo tratamento em prol da segurança jurídica.

O precedente, porém, não precisa ser reiterado em diversos julgados para se qualificar como paradigma. Pode ser constituído em uma única decisão.

Muitas vezes, as expressões são utilizadas como sinônimos, mesmo tratando de conceitos diferentes. Embora o art. 896 "a" da CLT preveja a divergência jurisprudencial como hipótese de

cabimento para o recurso de revista, trata-se, na verdade, de dissenso entre precedentes judiciais, já que o conflito é demonstrado considerando-se as decisões de forma individual.

Desta maneira, o precedente, criado a partir de uma única decisão judicial, se for reiterado, pode converter-se em jurisprudência que, ao retratar um entendimento constante e uniforme de um tribunal, pode ser cristalizado em um enunciado de súmula.

2.4 Distinguishing

A interpretação dos precedentes implica no exercício de atividade criativa dos magistrados para definir e no significado da *ratio decidendi* e sua adequação ao caso concreto para observância. O método da decisão com base em precedentes é comparativo, ou seja, o julgador analisa os elementos objetivos da demanda, estabelecendo um confronto em relação aos elementos de demandas anteriores. Dificilmente existirá identidade absoluta, o importante é a identidade dos aspectos principais dos casos comparados.

Na realização do juízo de conformidade entre o caso concreto e o precedente vinculante, é necessária a confrontação dos fatos materiais, de modo a identificar se, realmente, há a semelhança necessária para a aplicação da tese jurídica. Não é necessária a igualdade absoluta, mas o afastamento do precedente deve ser promovido se houver a demonstração da distinção material.

O importante, na realização do juízo de conformidade do acórdão recorrido ao precedente vinculante, é a demonstração da correlação fática e jurídica entre o caso concreto e o recurso paradigma (Enunciado 524 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

No entanto, os precedentes judiciais não podem se revestir da absoluta imutabilidade, motivo pelo qual são admitidas as técnicas para sua relativização ou não aplicação, como a distinção, a superação e a modificação parcial.

A distinção do caso submetido ao julgamento da tese jurídica qualificada consiste na confrontação entre os fatos materiais de dois casos, de modo a afastar a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento em virtude da diversidade fática. Daí decorre a necessidade de as partes apresentarem, de forma fundamentada, os motivos que demonstrem que a situação concreta não se insere na questão jurídica objeto do pre-

cedente. Idêntica providência deve constar na fundamentação das decisões judiciais – de caráter obrigatório – que afastam a tese jurídica.

Tecnicamente, no *distinguishing*, não há que se falar em superação do precedente, mas, simplesmente, na verificação da inaplicabilidade daquela decisão judicial naquele caso concreto. Em síntese, a controvérsia fática da decisão paradigmática é distinta daquela tratada na segunda ação, razão pela qual deve ser afastada a sua incidência.

Leonardo Greco (2004, p. 46) ensina que a distinção tem lugar “se, cuidadosamente comparados o precedente e o novo caso, existir alguma circunstância fundamental que caracterize este último como um caso diverso do anterior (*distinguishing*), o que, evidentemente, exige um confronto minucioso de circunstâncias que somente o julgado na íntegra possibilita, e não um lacônico enunciado abstrato”.

A utilização da técnica de *distinguishing* impede que o sistema de precedentes seja estático, rígido, o que pode vir a gerar injustiças no caso concreto. Por outro lado, a necessidade de expressa fundamentação na decisão que afasta o precedente, sob pena de sua nulidade, induz importante ferramenta de controle ao juízo discricionário do julgador.

2.5 *Overruling*

A teoria moderna dos precedentes não admite que existam decisões que não possam ser superadas nem modificadas.

A superação do precedente, seja total, seja parcial, ocorre quando o tribunal decide pela adoção de nova orientação a respeito da controvérsia, através do procedimento formal de revisão da tese jurídica. É técnica por meio da qual se busca a conformação dos precedentes com a natural evolução da sociedade e do Direito.

As técnicas mais tradicionais para a superação dos precedentes são a revogação, ou *overruling*, e a revisão, ou *overriding*. Para a primeira, reconhece-se a total incompatibilidade do precedente com o referencial anteriormente traçado, de forma que sua *ratio decidendi* deve ser completamente expurgada do ordenamento jurídico. Na segunda, porém, o operador, em que pese reconheça a incompatibilidade sistemática do precedente, esta se limita a determinados campos de incidência, de modo que a eficácia normativa do paradigma ainda persiste, mas de maneira transformada, a fim de se adequar à ordem jurídica ou fática.

Segundo Ravi Peixoto (2022, p. 106), a superação do precedente pode ocorrer tanto de forma expressa como implícita. Na superação expressa, a corte enfrenta o precedente anterior informando para a sociedade que ele não é mais adequado. Do ponto de vista de uma teoria dos precedentes, é a única forma aceitável de realização da superação do precedente. A superação implícita de precedente traz consigo vários problemas. Entre eles, é possível citar a falta de clareza da própria superação, que dificulta a atuação das cortes inferiores em interpretar esse novo precedente, sem ter certeza quanto à sua aplicabilidade ou não. O abandono de um precedente judicial deve ser expressamente justificado, para que haja segurança jurídica.

Em seara trabalhista, o *overruling* está previsto no art. 896-C, §17, da CLT, o qual determina que caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

Neste ponto, o legislador trabalhista se antecipou ao Código de Processo Civil de 2015, sendo o primeiro dispositivo vigente em nosso ordenamento jurídico a prever a revisão de decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos.

Na prática, entretanto, é difícil a chegada de novos recursos nos Tribunais Superiores sobre questão já apreciada. Isso porque a fixação do precedente provoca aplicação obrigatória aos casos e obsta o seguimento de recursos, o que dificulta nova análise pelos Tribunais Superiores.

2.6 Precedentes “à brasileira”

O sistema de precedentes adotado no Brasil difere muito do sistema de precedentes da *common law*. O modelo brasileiro é *top to down*, ou seja, a decisão parte das cortes superiores e torna-se obrigatória nas instâncias inferiores. No sistema da *common law*, o objetivo é julgar o caso concreto. No sistema de precedentes brasileiro, aquelas decisões consideradas pela lei como vinculantes, por sua natureza, já nascem com esse *status*, ou seja, são decisões que já nascem como precedentes obrigatórios e que devem ser paradigma para as posteriores. Ainda que se julgue um caso concreto (ou vários), a preocupação é com a formulação de uma tese e prolação de uma decisão que irá vincular decisões futuras. Muitas vezes, será apenas uma ementa de

poucas linhas que enuncia uma regra em termos gerais e abstratos. Trata-se de um sistema de precedentes imposto pela lei, que não foi construído culturalmente, como ocorre nos países da *common law*.

Essa dissociação dos casos concretos submetidos a julgamento não permite enquadrar a regra de nosso ordenamento como autêntico “precedente judicial”, considerado em sua acepção clássica. Embora a expressão seja amplamente utilizada pela doutrina e até mesmo pelo próprio Código de Processo Civil, muitos autores discordam desta nomenclatura. Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim (2019, p. 273) tratam da questão como “precedentes à brasileira”. Para Humberto Dalla¹, a melhor definição seria “decisão definidora de teses jurídicas”. Cassio Scarpinella (2017, p. 663) também critica a utilização da expressão:

Por fim, não vejo como, aplicando o que já escrevi, querer enxergar, no CPC 2015 e nas pouquíssimas vezes que a palavra “precedente” é empregada, algo próximo ao sistema de precedentes do *common law*. A palavra é empregada, nos dispositivos que indiquei, como sinônimo de decisão proferida (por tribunal) que o CPC de 2015 quer que seja vinculante (paradigmática, afirmo eu). Nada além disso. É o que basta, penso, para evitar a importação de termos e técnicas daqueles sistemas para compreender o que parece de forma tão clara e tão evidente no próprio CPC de 2015.

Importante ressaltar ainda que parte da doutrina, ainda que minoritária, defende a inconstitucionalidade do sistema de precedentes brasileiro, que decorreria da violação ao princípio da separação dos poderes e da independência funcional dos juízes.

Em sentido contrário, Alvim e Dantas (2019, p. 277):

O inexorável e honesto reconhecimento de que o juiz, em diferentes dimensões e medidas, ao decidir, pode *criar direito* não o equipara a um legislador. O juiz cria direito (a) porque ao interpretar a lei, qualquer que seja ela, estará exer-

¹ PINHO, Humberto; RODRIGUES, Roberto. *O Microsistema de Formação de Precedentes Judiciais Vinculantes Previsto no Novo CPC*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 259, setembro 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.16.PDF.

cendo, ainda que minimamente, seu poder criativo; (b) ademais, às vezes a lei contém expressões de textura aberta - conceitos vagos, cláusulas gerais - , o que torna mais visível a função criativa do magistrado; (c) e além de tudo, muito frequentemente são submetidas ao juiz questões judiciais cuja solução não está prevista expressamente na lei - e então a decisão será proferida com base num mosaico de elementos: princípios, doutrina, analogia etc.

Ainda que o Código de Processo Civil de 1973 já indicasse um movimento lento e gradual no sentido de conceder maior força e eficácia aos precedentes judiciais², é inegável que foi o Código de Processo Civil de 2015 que consolidou a valorização dos precedentes judiciais, ao reafirmar os precedentes do sistema jurídico anterior, criar novos e ampliar a regulamentação dos mecanismos processuais aptos a garantir a autoridade dos precedentes, como a reclamação, prevista em seu art. 988.

Inicialmente, eram as ações de controle concentrado as únicas com efeito *erga omnes* e vinculante, tendo os demais julgados apenas efeito persuasivo. A partir da Emenda Constitucional 45/2004, com a instituição da súmula vinculante e com a Lei 11.418/2006, a qual instituiu a repercussão geral no STF, o papel da Suprema Corte na definição dos rumos do direito do trabalho e processo do trabalho ganhou maior relevância. Atualmente, é imprescindível o estudo da jurisprudência do Supremo em matéria trabalhista.

Serão também vinculantes as decisões proferidas em sede de Incidente de Assunção de Competência (IAC), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidente de Recursos Repetitivos (IRR).

O IAC foi originalmente disciplinado pelo código de processo Civil de 1973 e incorporado ao CPC/15, que ampliou suas hipóteses de cabimento. Trata-se de incidente uniformizador, que visa à fixação de teses, sendo aplicável em seara trabalhista.

² Podemos citar, por exemplo, a Lei 9.756/98, que permitiu que o relator inadmitisse monocraticamente recursos em confronto com súmulas ou com a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, a Lei 10.352/2001, a qual dispensou o duplo grau obrigatório em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em consonância com a jurisprudência do plenário do STF ou súmula deste ou do tribunal superior competente e, ainda, a Lei 11.418/2006, que criou um procedimento especial para julgamento de recursos extraordinários repetitivos.

O IRDR é um instituto criado para ser utilizado em tribunais regionais e locais, como se verifica na própria exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, o qual expressamente esclarece que “é instaurado perante o tribunal local”³. No entanto, o TST o admite em seu regimento interno (art. 305) em relação às causas de competência originária e recursal originária. Trata-se de incidente plenamente aplicável em seara trabalhista, muito utilizado pelos Tribunais Regionais para uniformização de sua jurisprudência interna.

O IRR foi inspirado no método de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, sendo incorporado no processo do trabalho através da Lei 13.015/14. Está previsto no art. 896-C da CLT, que determina: quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal. Trata-se de uma importante ferramenta de uniformização de jurisprudência. Infelizmente, ainda é pouco utilizado pelo TST.

2.7 Do microsistema de julgamento de demandas repetitivas

Fatores como a globalização, a concentração demográfica nos centros urbanos, a distribuição seriada de produtos e serviços, a universalização do acesso à informação, a universalização do acesso a serviços e sua precarização, característicos da sociedade contemporânea, são fatores que implicam em um crescimento de conflitos levados ao Judiciário, os quais possuem causas de pedir e pedidos muito similares.

Não é raro que uma mesma situação atinja inúmeras pessoas, que passam a ingressar em juízo buscando efetiva prestação jurisdicional, caracterizando uma litigiosidade repetitiva. A massificação dos litígios, além de assoberbar os tribunais, acaba gerando insegurança jurídica, diante da existência de decisões conflitantes para uma mesma questão.

O sistema processual tradicional é desenhado para a resolução dos conflitos de natureza individual, sendo insuficiente para tutelar os conflitos contemporâneos marcados pela

³ Neste sentido, também o julgado do STF Pet 8245 / AM – AMAZONAS.

repetitividade. O procedimento não é, em regra, adequado pois foi estruturado visando a uma completa e ampla cognição acerca de questões particulares, sobretudo de natureza fática, com objetivo de entregar uma decisão para cada caso concreto. Foi pensado para que houvesse atividade jurisdicional singularizada e não para que houvesse aplicação uniforme do direito.

O Código de Processo Civil de 1973 foi cunhado sob uma ótica eminentemente individualista, conforme a realidade e os paradigmas próprios da época. Tinha forte influência da doutrina italiana do século XIX. Assim, foi desenhado para resolver conflitos isolados entre os litigantes, não se preocupando com a padronização coletiva.

Com o objetivo de tutelar a litigiosidade de massa, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu o microsistema de julgamento dos casos repetitivos, composto pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e pelos recursos repetitivos (art. 927 e 928), os quais possibilitaram o julgamento em bloco de casos repetitivos e a efetivação da igualdade. O julgamento, nestes casos, ocorre por amostragem e é fixada uma tese com base em recursos selecionados como paradigmas.

Segundo Bruno Dantas (2016, p. 341):

Diversamente do Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 contempla os "casos repetitivos" com uma disciplina extensa, exauriente e sistemática, fornecendo ao juiz instrumental para dar soluções adequadas aos problemas de atacado, decorrentes da litigiosidade de massa. Destacando uma simetria entre as mencionadas técnicas processuais, o Código de Processo Civil de 2015 define "julgamento de casos repetitivos" como a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas ou recursos especiais e extraordinários repetitivos. Observa-se, portanto, a existência de um "microsistema de casos repetitivos" com a definição exata dessas técnicas de tutela pluri-individual, a partir de sua conceituação, disposição de seu procedimento e apresentação de consequências práticas do resultado do julgamento dos casos repetitivos.

Estes mecanismos de padronização decisória têm como requisito a multiplicidade de demandas ou recursos com idêntica questão de direito. São objetivos deste microsistema, conforme Juliane Facó (2016, p. 189):

Observe-se que o microsistema processual das demandas repetitivas almeja: a) a rápida fixação da tese jurídica a ser replicada nas causas semelhantes; b) maior previsibilidade na aplicação do direito por meio da estabilização da jurisprudência e a consolidação de entendimentos uniformes; c) julgamento isonômico para casos similares e diferentes para casos que não podem ser padronizados; d) maior credibilidade ao Judiciário; e) legitimidade das suas decisões produzidas com observância do contraditório efetivo (das partes e interessados) e institucional, considerando a participação do *amicus curiae*, contribuindo para a pluralidade do debate; f) uma cultura de respeito aos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro.

A existência de um microsistema de julgamento de demandas repetitivas é admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, que permite a aplicação de instrumentos previstos para um determinado instituto em outro, em razão das muitas e acentuadas semelhanças entre os procedimentos. O julgamento do Recurso Especial nº 1.846.109/SP deixa claro esse entendimento:

- 4- O procedimento de alegação de distinção (distinguishing) entre a questão debatida no processo e a questão submetida ao julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 1.037, §§9º a 13, do novo CPC, aplica-se também ao incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR.
- 5- Embora situados em espaços topologicamente distintos e de ter havido previsão específica do procedimento de distinção em IRDR no PLC 8.046/2010, posteriormente retirada no Senado Federal, os recursos especiais e extraordinários repetitivos e o IRDR compõem, na forma do art. 928, I e II, do novo CPC, um microsistema de julgamento de questões repetitivas, devendo o intérprete promover, sempre que possível, a integração entre os dois mecanismos que pertencem ao mesmo sistema de formação de precedentes vinculantes.
- 6- Os vetores interpretativos que permitirão colmatar as lacunas existentes em cada um desses mecanismos e promover a integração dessas técnicas no microsistema são a inexistência de vedação expressa no texto do novo CPC que inviabilize a integração entre os instrumentos e a

inexistência de ofensa a um elemento essencial do respectivo instituto.

7- Na hipótese, não há diferença ontológica e nem tampouco justificativa teórica para tratamento assimétrico entre a alegação de distinção formulada em virtude de afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos e em razão de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, pois ambos os requerimentos são formulados após a ordem de suspensão emanada pelo Tribunal, tem por finalidade a retirada da ordem de suspensão de processo que verse sobre questão distinta daquela submetida ao julgamento padronizado e pretendem equalizar a tensão entre os princípios da isonomia e da segurança jurídica, de um lado, e dos princípios da celeridade, economia processual e razoável duração do processo, de outro lado.

8- Considerando que a decisão interlocutória que resolve o pedido de distinção em relação a matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos é impugnável imediatamente por agravo de instrumento (art. 1.037, §13, I, do novo CPC), é igualmente cabível o referido recurso contra a decisão interlocutória que resolve o pedido de distinção em relação a matéria objeto de IRDR⁴.

No mesmo sentido, podemos citar o entendimento do enunciado nº 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam o microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”

Em seara trabalhista, o recurso de revista repetitivo foi incorporado à CLT pela Lei nº 13.015/2014 e se processa à semelhança dos recursos extraordinário e especial repetitivos. O recurso de revista repetitivo também faz parte do microsistema de julgamento de demandas repetitivas, embora não esteja previsto no CPC/15. Tal fato é reconhecido pelo enunciado nº 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o qual dispõe expres-

⁴ RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.109 - SP (2019/0216474-5) Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902164745&dt_publicacao=13/12/2019

samente: “A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microsistema de solução de casos repetitivos”.

Porém, a técnica dos recursos repetitivos não é suficiente para resolver todas as questões decorrentes da sociedade de massa. Os recursos repetitivos não permitem a pacificação do tema comum em primeiro grau ou no âmbito de tribunais locais. Além disso, muitas decisões transitam em julgado antes de chegar às instâncias extraordinárias, seja por preclusão temporal ou por falta de algum pressuposto de admissibilidade dos recursos interposto. Existem, também, questões que dizem respeito à interpretação do direito local, normas emanadas de estados e municípios sem qualquer implicação ou conexão com texto constitucional ou legislação federal que não alcançam os tribunais superiores. Ainda, por estarem mais próximos da realidade do que os tribunais superiores, muitas vezes os tribunais de segunda instância têm maior aptidão para fixar a tese jurídica, que pode exigir o exame de peculiaridades de uma dada região.

Desta forma, torna-se adequada também a utilização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) que, apesar de não previsto na CLT, é compatível com o processo trabalhista, havendo, inclusive, previsão expressa de sua aplicação na Justiça do Trabalho no art. 8º da Instrução Normativa nº 39 do TST.

No mesmo sentido, podemos citar o entendimento do enunciado nº 347 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o qual dispõe: “Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de resolução de demandas repetitivas, devendo ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito”.

Conclusão

O sistema dos precedentes vinculantes, relativamente novo em nosso ordenamento jurídico, permite a criação de decisões paradigmáticas que devem ser observadas nos demais julgados, garantindo a segurança jurídica.

O sistema brasileiro difere muito do sistema de precedentes da *common law*. Aqui, a decisão já nasce com o *status* de precedente, sendo vinculante por força de lei. Embora a decisão esteja apreciando um caso concreto, será utilizada como paradigma para a resolução de outros casos análogos. É função dos Tribunais Superiores, como cortes de precedentes, proferir decisões paradigmáticas que sirvam como modelo para as demais deci-

sões. Não há uma ruptura com o sistema do *civil law*, mas existe uma inegável aproximação com o sistema da *common law*, ainda que os precedentes sejam tratados de forma diversa.

Em seara trabalhista, além da utilização dos institutos previstos no Código de Processo Civil, existe também a previsão do incidente de recursos de revista repetitivos.

A busca pelo fortalecimento do sistema de precedentes pode ser explicada por uma série de vantagens, entre as quais sobressaem (i) a segurança jurídica; (ii) a previsibilidade, estabilidade e igualdade das partes perante a jurisdição; (iii) a garantia de imparcialidade do juiz; (iv) o desestímulo à litigância e o favorecimento de acordos extrajudiciais; (v) a racionalização do duplo grau de jurisdição; (vi) a duração razoável do processo e a economia processual e (vii) a maior eficiência do Judiciário e da prestação jurisdicional (MENDES, 2022, p. 339).

A modificação da jurisprudência é inerente ao sistema de precedentes e decorre da evolução da própria sociedade. O próprio sistema prevê a possibilidade de superação dos precedentes, de forma a garantir a sua evolução, evitando o engessamento do direito.

Referências

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

ALMEIDA, Gregório Assagra. **O sistema jurídico nos Estados Unidos – common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro?**. Revista de Processo. São Paulo, n. 251, jan 2016

AMARAL, Felipe Marinho. **Precedentes Judiciais no processo do trabalho**. São Paulo: Mizuno, 2022.

BARROSO, Luiz Roberto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ar/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 08/08/2023.

BERNARDES, Felipe. **O direito do trabalho no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juspodivm, 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil.3**. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DANTAS, Bruno. **Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais**. Revista de Processo, v. 251, 2016.

DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas

- Buril. **Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei nº 13.015/2014.** Revista do TST, ano 80, nº 4. São Paulo: Lex Magister, out./dez. 2014. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/79403/005_didier_jr_macedo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- FACO, Juliane Dias. **Recursos de revista repetitivos: Consolidação do precedente judicial obrigatório no ordenamento trabalhista.** São Paulo : LTr, 2016.
- FACO, Juliane Dias. **Litigiosidade repetitiva no CPC/2015 e sua aplicação ao processo do trabalho.** Revista Eletronica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia,. Ano V, mar de 2016. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/146192/2016_faco_juliane_litigiosidade_repetitiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- GRECO, Leonardo. **Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança.** Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, 2004.
- KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional).** Revista do Direito Público, n. 1, p. 108-109, jul/set. 2003. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1401>.
- MARCHIORI, Marcelo Ornellas. **A atuação do poder judiciário na formação de precedentes definitivos: experiências e desafios.** São Paulo: Juspodivm, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 77, n. 3, jul./set.-2011 . Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/26997/010_marinoni.pdf?sequence=4&isAllowed=y.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; SILVA, Bruno Freire e. **Curso de direito processual do trabalho.** São Paulo : LTr, 2019.
- MELO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira.** 2005. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43370>.
- MELO, Teresa. **Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia.** Belo Horizonte: Forum, 2022.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro [et al]. **Precedentes Vinculantes no Processo Civil e no Processo do Trabalho Brasileiro.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, Análise e Interpretação do Novo Instituto Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes – da persuasão à vinculação**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MITIDIERO, Daniel.. **Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo. São Paulo, n. 206, abr 2012.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos**. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

PINHO, Humberto; RODRIGUES, Roberto. **O Microssistema de Formação de Precedentes Judiciais Vinculantes Previsto no Novo CPC**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 259, setembro 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.16.PDF.

PRITSCH, Cesar Zucatti et al. **Precedentes no processo do trabalho. Teoria geral e aspectos controvertidos**. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020.

PRITSCH, Cesar Zucatti. **Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho**. São Paulo: Mizuno, 2023.

SILVA, Bruno Freire e. **A função dos Precedentes Vinculantes e da Produção Antecipada de Provas para um Acesso à Ordem Jurídica Responsável no Novo Cenário do Processo do Trabalho**. Revista Eletrônica do Departamento de Direito Processual da UERJ. Volume 23, n. 2, junho-setembro-2022.

TALAMINI, Eduardo. **O que são precedentes vinculantes no CPC/15**. 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/87547>.

TARUFFO, Michele. **Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law**. Revista de Processo. São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Incidentes no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2023

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

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 5. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Da alienação de bens gravados com penhor rural no processo de recuperação judicial

Paola Cristina Rios Pereira Fernandes
Advogada da CAIXA no Mato Grosso
Pós-graduada em Direito Empresarial pela
Universidade Federal de Mato Grosso

RESUMO

O escopo deste trabalho é demonstrar a semelhança fática entre o penhor rural (agrícola e pecuário) e o penhor creditício que recai sobre os títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários, a reclamar solução análoga prevista na parte final do §5º do art. 49 da LRF

Palavras-chave: Recuperação judicial. Penhor rural. Depósito em conta vinculada. Solução análoga.

ABSTRACT

The scope of this work is to demonstrate the similarity between the rural pledge (agricultural and livestock) and the credit pledge that falls on credit titles, credit rights, financial investments and securities, claiming an analogous solution provided for in the final part of s5 of the art. 49 of the LRF

Keywords: Judicial recovery. Rural pawn. Deposit into linked account. Analogous solution.

Introdução

O objetivo deste trabalho é demonstrar a semelhança fática entre o penhor rural (agrícola e pecuário) e o penhor creditício que recai sobre os títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários, a reclamar solução análoga prevista na parte final do §5º do art. 49 da LRF.

Saliente-se que todas as garantias pignoratícias ora mencionadas atribuem aos créditos a elas vinculados a condição de créditos enquadrados na classe II (garantia real), sujeitos, portanto, aos efeitos da recuperação judicial, resultando, por conseguinte, na incidência das regras encartadas no §1º do art. 50 e

caput do art. 59 da LRF, segundo as quais a supressão ou substituição de bem dado em garantia real exige expressa anuência do respectivo credor titular, cuja ausência deste consentimento reflete na ineficácia de eventual cláusula de alienação do bem, prevista no plano da recuperação judicial.

Para se alcançar o propósito deste ensaio, discorreremos sobre a diferença entre a novação recuperacional e a novação civil, previstas, respectivamente, no *caput* do art. 59 da LRF e no art. 360 e seguintes do Código Civil, asseverando que o efeito da novação civil registrado no art. 364¹ da codificação privada não se aplica no âmbito do processo de reestruturação judicial.

Em ato subsequente, destacamos que, em razão da condição *sui generis* atribuída à novação recuperacional, qualquer conduta tendente a substituir ou suprimir a garantia real atrelada ao crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial demanda expressa autorização do seu credor titular, sem a qual se tem por ineficaz eventual substituição ou supressão.

De igual modo, analisamos o quanto disposto no §5^{o2} do art. 49 da LRF, que trata da possibilidade de substituição ou renovação do penhor creditício que recai sobre os títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários, bem ainda da obrigatoriedade de se depositar em uma conta vinculada a quantia eventualmente auferida em pagamento das referidas garantias creditícias, enquanto não substituídas ou renovadas.

Em seguida, demonstramos a similitude fática existente entre o penhor rural (agrícola e pecuário) e o penhor creditício previsto na primeira parte do dispositivo legal anteriormente referido (§5^o do art. 49), a reclamar, por analogia, a aplicação da solução contida na parte final do regramento em comento, aos casos de penhor rural (agrícola e pecuário), dada a sua baixa perenidade em comparação ao bem dado em garantia hipotecária.

¹ Art. 364. "A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação".

² §5^o. "Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4^o do art. 6^o desta Lei".

E, finalmente, pontuamos que eventual alegação de essencialidade do produto rural dada em garantia pignoratícia, com vistas a afastar a aplicação, por analogia, da parte final da norma insculpida no §5º do art. 49, não encontra respaldo legal, porquanto, a essencialidade de um bem dado em garantia está intrinsecamente associada à extraconcursalidade do crédito, ao qual ele está atrelado, não nos parecendo razoável, portanto, utilizar a alegação de essencialidade do bem quando se estiver em debate garantia real vinculada a crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

Com essas breves considerações, passamos a tratar de forma detalhada, nos tópicos subsequentes, as minúcias que envolvem o tema.

1 Da novação recuperacional e da necessidade de anuência do credor para a supressão ou substituição das garantias

Inicialmente, com o fito de demonstrar a similitude fática entre o penhor rural e o penhor creditício, de modo a evidenciar que a alienação do produto rural dado em garantia pignoratícia reclama a mesma providência prática estabelecida na parte final do §5º do art. 49 da LRF, apontaremos a diferença mais marcante havida entre a novação recuperacional e a novação civil, bem como a necessidade legal acerca da expressa anuência do credor, titular das referidas garantias pignoratícias, para a prática de atos tendentes a suprimir ou substituir o acervo patrimonial que as compõe.

Assim sendo e conforme a lição empreendida por Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p.682),

o devedor pode ter interesse em livrar algum bem de sua titularidade que foi dado em garantia a algum credor – como para desinvestir e melhorar seu capital de giro operacional, ou até mesmo para ganhar fôlego no pagamento dos credores concursais.

Contudo, apesar do seu interesse econômico, a Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/2005) estabeleceu, em seus dispositivos legais, a necessidade de expressa anuência dos credores concursais, titulares das respectivas garantias, com vistas a conferir validade e eficácia à aludida alienação. Ou seja, não é dado ao devedor promover a livre alienação do bem gravado com ônus real de garantia, bem ainda inserir no plano de recu-

peração judicial cláusula de alienação do referido bem, a ser votada por todos os credores concursais. Isso porque, além da autonomia conferida às garantias, sejam elas reais ou fidejussórias, terceiros (credores não titulares da garantia que se pretende suprimir ou alterar) não podem dispor de direito alheio³.

Nesse diapasão, oportunamente salientamos o quanto disposto no art. 50, §1º, da LRF, segundo o qual a, *“na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”*.

Tecendo comentários ao dispositivo legal em referência, Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 253) assevera que:

A alteração das condições especiais de pagamento não poderá, sem que haja expressa concordância do credor, suprimir sua garantia real ao cumprimento da obrigação.

A garantia real referente a um determinado objeto torna a condição do credor garantido como especial em face dos demais, ainda que da mesma classe. Isso porque cada um dos credores, mesmo com garantia real, possui garantias diferentes, pois referentes a objetos distintos. **No tocante à garantia, assim, o credor não participa da mesma comunhão de interesses que motivou todos a participarem da Assembleia Geral de Credores e, portanto, não poderá ficar vinculado à vontade da maioria.**

A supressão da garantia, sua substituição ou alienação do bem dado em garantia real, assim, ao colocar o credor numa situação específica, fora da comunhão de interesses, exige que ele concorde expressamente quanto a essa propositura e não possa ser submetido à vontade da maioria.

A inclusão da cláusula no plano de recuperação judicial não gera sua nulidade. A cláusula, entretanto, somente será eficaz se o credor manifestar

³ SZTAJN, Rachel. Comentário ao art. 50 da Lei nº. 11.101/2005. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio (coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 2ª edição. São Paulo: RT, 2007. p. 246 (“Outra não poderia ser a solução, sob pena de se tornar o sistema de garantias imprestável”).

expressamente sua concordância à supressão dos seus direitos sobre a garantia. (Grifo nosso).

Ademais, é de suma importância destacar a norma encartada no *caput* do art. 59⁴ da LRF, cuja inteligência nos possibilita concluir que o plano de recuperação judicial implica novação *sui generis*⁵ dos créditos a ela sujeitos, sem prejuízo das garantias atreladas aos respectivos créditos e, observando-se, no que couber, o quanto previsto no art. 50, §1º do diploma legal em comento.

Esclarecendo as diferenças entre a novação civil e a novação recuperacional, Rodrigo Marino Toffoli (2021, p. 323) salienta que:

Outra notável diferença que torna a novação recuperacional extremamente peculiar e a afasta da novação civil diz respeito à conservação das garantias e coobrigações acessórias aos créditos originais: enquanto o Código Civil expressamente estatui que a novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver determinação em sentido oposto (art. 364 do CC), **no caso da novação operada no âmbito das recuperações judiciais, após a aprovação do plano pela Assembleia Geral de Credores e posterior homologação judicial, a Lei nº. 11.101/2005, em seu art. 49, §1º, estabelece que os credores dos devedores em recuperação judicial conservam todos os seus direitos e privilégios em relação aos coobrigados (fiadores e avalistas) e ainda em face daqueles obrigados em regresso.**
(...).

⁴ Art. 59. “O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no §1º do art. 50 desta Lei”.

⁵ “A Lei de Recuperação Judicial e Falência assenta que a novação nela estabelecida não acarreta prejuízo às garantias reais e fidejussórias, porque a supressão ou a substituição delas somente será admitida mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia (Lei 11.101/2005, arts. 50, parágrafo único, e 59), daí por que reconhecem a doutrina e a jurisprudência desta Corte o caráter ‘sui generis’ do instituto”. Trecho retirado da ementa do acórdão do REsp nº. 1.828.248/MT.

No entanto, respeitando-se os entendimentos em sentido contrário, conclui-se nesse breve estudo que a posição mais adequada é, realmente, de se considerar que, para a extensão dos efeitos da novação em recuperação judicial aos fiadores, avalistas e demais coobrigados, não deve haver apenas a aprovação, pela AGC, de cláusula inclusa para esse fim em plano de recuperação: **é absolutamente desejável – pode-se dizer até imprescindível – que haja a concordância expressa e individualizada dos credores afetados por essa medida**, seja por meio da prolação de voto favorável na assembleia, ou seja até mesmo por meio de negociações levadas a efeito pela empresa recuperanda com esses credores – medida que se considera até mesmo aconselhável, em benefício da própria recuperação que deseja ver aprovada tal cláusula. (Grifo nosso).

Repassando em revista o instituto da novação civil, Pablo Stolze Gagliano (2021, p. 510) enfatiza que *“a novação se dá quando, por meio de uma estipulação negocial, as partes criam uma nova obrigação, destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior”*. Veja-se, portanto, que a novação repousa sobre uma vontade exteriorizada pelas partes, com vistas a extinguir e substituir um crédito pela criação de um novo. É, pois, uma manifestação da autonomia privada. Assim sendo, conclui-se que a vontade exteriorizada pelas partes, consistente no ânimo de novar, é requisito *sine qua non* para a configuração da novação civil.

Em sequência, Pablo Stolze Gagliano acentua que o *caput* do art. 59 da Lei 11.101/2005, diversamente da previsão contida no Código Civil, estabelece uma espécie de novação legal, na medida em que *“o plano de recuperação judicial, não é, de per si, um ato novatório convencional, mas sim, tão somente, o fundamento fático para a novação determinada pelo legislador”*. Dessa forma, diversamente do que ocorre na novação civil, *“a novação recuperacional consiste em um ato complexo⁶ em que a vontade dos envolvidos não é a causa direta e imediata do efeito novatório, porquanto deriva da própria previsão*

⁶ Vale dizer que o ato complexo da novação recuperacional equivale a um procedimento novatório, que inclui a apresentação e aprovação do plano de recuperação, se consumando após a decisão concessiva da recuperação judicial, referida no art. 58 da LRF.

legal (art. 59) concretizada na decisão que homologa o plano aprovado” (GAGLIANO, 2021, p. 515).

Arrematando a questão alusiva às diferenças entre novação civil e novação recuperacional, assenta-se que:

o principal aspecto a ser considerado, acerca dessa forma peculiar de novação legal, diz respeito, sobretudo, ao *animus novandi*, que não é identificado como uma decorrência direta e exclusiva da vontade das partes envolvidas no negócio jurídico – como se dá na novação tradicional (essencialmente convencional) – mas, sim, resulta da própria norma legal que aponta expressamente no sentido de o plano implicar ‘novação dos créditos anteriores ao pedido’ (GAGLIANO, 2021, p. 515) (Grifo nosso).

Dentro dessa perspectiva e, com amparo nos fundamentos jurídicos aviados, outro não poderia ser o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº1.333.349/SP, do qual emergiu a tese fixada no tema 885, senão o de que o deferimento do processamento da recuperação judicial do devedor principal, bem ainda a novação referida no art. 59 da Lei nº 11.101/2005 não repercutem nas garantias (cambial, real ou fidejussória) atreladas ao crédito novado. *Ex positis*:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO E CONCESSÃO. GARANTIAS PRESTADAS POR TERCEIROS. MANUTENÇÃO. SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA DEVEDORES SOLIDÁRIOS E COBRIGADOS EM GERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 6º, CAPUT, 49, §1º, 52, INCISO III, E 59, CAPUT, DA LEI N. 11.101/2005.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: **“A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dis-**

põe o art. 49, §1º, todos da Lei n. 11.101/2005”.

2. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.333.349/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe de 2/2/2015.) (Grifo nosso).

Tese fixada no tema 885 do STJ: a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, §1º, todos da Lei n. 11.101/2005. (Grifo nosso).

Ademais, consignamos que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publicou o enunciado de Súmula nº 61, orientando que *“na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular”*.

Além disso, registramos, oportunamente, as ponderações consignadas pelo Ministro Raul Araújo, no Recurso Especial nº 1.828.248/MT, no sentido de que *“a supressão de garantias contra a vontade dos credores (...), seria danosa para a atividade econômica no País, trazendo evidente insegurança jurídica e profundo abalo no mercado de crédito (...)”*.

Ainda em relação à novação *sui generis* empreendida pela LRF, destacamos as anotações do Ministro Moura Ribeiro, no AgInt no AgInt no REsp nº 1.846.813/SP, para quem a interpretação do art. 49, §2º, nos leva a concluir que a novação recuperacional da dívida se restringe à obrigação principal e, por consequência, aos deságios, prazos e encargos contratuais ajustados originalmente, não abarcando, portanto, as garantias a ela atreladas. Senão, vejamos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE GARANTIAS. SUSPENSÃO DE AÇÕES E EXECUÇÕES. CLÁUSULAS ILEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º

568 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(...).

3. No STJ prevalece a compreensão de que, não obstante o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral (AgInt no AREsp 1.176.871/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/03/2018, DJe de 20/03/2018).

4. A eg. Segunda Seção do STJ firmou recentemente o entendimento segundo o qual não é possível à Assembleia Geral suprimir garantias reais e fidejussórias previstas no plano de recuperação judicial, sem a anuência do credor (REsp 1.794.209/SP, relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado aos 12/5/2021, DJe de 29/6/2021), isso porque, como ficou delineado no referido precedente qualificado, o artigo 49, §2º, da Lei 11.101/2005, ao mencionar que as obrigações observarão as condições originalmente contratadas, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano, está se referindo a obrigação e, em consequência, a deságios, a prazos e encargos e não a garantias.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt no REsp n. 1.846.813/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 28/9/2022.) (Grifo nosso).

Dito isso, restam demonstrados os motivos pelos quais não perfilhamos da interpretação constante no Recurso Especial nº 1.374.534/PE⁷ (DJe 05/05/2014), assentando-se que tal interpretação viola a regra de que apenas ao titular da garantia é dado o direito de a ela renunciar, levando-nos a concluir que eventu-

⁷ “Ademais, é bem de ver que os direitos reais de garantia têm característica de acessoriedade, não subsistindo por si só, cessando, pois, a sua existência com a extinção da obrigação garantida. Com efeito, o art. 59 da Lei n. 11.101/2005 estabelece que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos”. Trecho retirado da ementa do acórdão do REsp n. 1.374.534/PE. (Grifo nosso).

al supressão ou substituição da garantia atrelada ao crédito exige a efetiva participação do credor.

2 Do penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários e o depósito em conta vinculada

Ultrapassada a questão alusiva à necessidade de expressa anuência do titular da garantia, para se permitir a sua supressão ou substituição e, assim, possibilitar sua alienação, com vistas a gerar capital de giro e fomento para a atividade empresarial da devedora, passamos a nos debruçar sobre o quanto disposto no art. 49, §5º da LRF, cuja regra prevê que:

Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, **enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o §4º do art. 6º desta Lei.** (Grifo nosso).

Veja-se que, a partir da intelecção do dispositivo legal ora mencionado, podemos concluir que não obstante os créditos garantidos por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários se sujeitem aos efeitos da recuperação judicial, permite-se a substituição ou renovação das garantias que se vencerem ou sejam liquidadas no decorrer do processo de recuperação judicial, cujo montante auferido, caso houvesse a substituição ou renovação, poderia ser utilizado pela devedora.

Por outro lado, em não se operacionalizando a substituição ou renovação das referidas garantias, os valores obtidos em decorrência do seu vencimento e liquidação deverão ser depositados em conta vinculada, durante o *stay period*.

Validando a interpretação adotada, Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 221) pontua que:

O crédito existente, vencido ou vincendo submete-se à recuperação judicial, mesmo que seu

adimplemento seja garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários. Poderá ter suas condições alteradas pela recuperação judicial, que, caso aprovada, implicará sua novação.

Todavia, diante da importância da garantia, a LREF conferiu tratamento diferenciado a ela durante a recuperação judicial.

Fora da recuperação judicial, a liquidação ou o vencimento dos títulos de créditos ou dos direitos creditórios entregues pelo devedor ao credor permitiriam a amortização do crédito garantido. O terceiro devedor dos referidos títulos ou dos direitos creditórios, e que não está em recuperação judicial, efetuará seu pagamento ao credor, que abateria o montante recebido do valor total devido pelo empresário devedor.

Diante da recuperação judicial, permitiu-se que o devedor substituísse as garantias do débito principal, mediante a aceitação pelo credor (art. 50, §1º). A substituição ou a renovação da garantia permitiria que o valor satisfeito por terceiros fosse utilizado pelo devedor no exercício de sua atividade e como modo de permitir a recuperação da empresa. Improvável, contudo, que essa concordância, na prática, seja obtida.

Caso não haja concordância na substituição dos créditos ou títulos vencidos ou liquidados, o montante recebido de terceiros para a satisfação deles não poderá ser utilizado pelo credor para a amortização de seus créditos, como ocorreria fora da recuperação judicial. Isso porque, submetido o crédito principal à recuperação judicial, suas condições e/ou o montante poderão ser alterados pelo plano de recuperação. Como a garantia é utilizada justamente para a satisfação do crédito principal caso ele não seja voluntariamente adimplido e, diante da recuperação judicial, não se sabe se suas condições originárias serão mantidas, a amortização não poderia ser realizada.

Os valores pagos pelos terceiros devedores dos títulos deverão permanecer em conta vinculada durante o período de suspensão de 180 dias a partir do processamento da recuperação judicial (art. 6º, §4º) prorrogável por uma única vez, excepcional-

mente, e, pelo prazo de 30 dias para eventual apresentação do plano alternativo dos credores. A conta vinculada não precisa ser judicial e poderá ser mantida na instituição financeira do próprio credor e sob sua responsabilidade, desde que sobre os valores incidam atualização monetárias e juros e os valores sejam preservados durante o período do stay period.

Decorrido o prazo sem a aprovação ou a rejeição do plano de recuperação judicial, desde que o *stay period* não tenha sido excepcionalmente estendido, e os credores não apresentem plano de recuperação judicial alternativo, os credores cujos créditos não estivessem satisfeitos poderão excutir a garantia, com a amortização do crédito.

A excussão da garantia, com o levantamento dos valores pelo credor, ocorrerá, também, caso a recuperação judicial seja aprovada e não tenha ocorrido a novação do crédito garantido (art. 49, §2º). Se as condições originárias do crédito não foram alteradas, concedida a recuperação judicial o credor se comporta como se a ela não tivesse sido submetido. O montante depositado e referente à garantia será por ele levantada e utilizado para amortização do seu crédito.

Por seu turno, caso seja concedida a recuperação judicial e sejam alteradas as condições de pagamento de seus créditos, o credor garantido pelo penhor receberá a satisfação de seu crédito conforme previsão no plano de recuperação judicial. Como os valores eventualmente depositados por terceiro em razão do penhor eram utilizados para assegurar o pagamento desse valor, o credor poderá levantar da conta vinculada apenas os valores até o limite da obrigação garantida. O remanescente deverá ser levantado pela recuperanda. (Grifo nosso).

De igual modo, Marco Aurélio Bezerra de Melo (2021, p. 483) defende que:

Com efeito, os direitos assegurados, em regra, ao credor fiduciário, arrendador mercantil e titular de direito decorrente de promessa de compra e

venda com cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade são diversos do direito conferido ao credor pignoratício de créditos, cujo devedor seja uma sociedade empresária submetida ao regime da recuperação judicial.

A especialidade contida na norma do §3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 afasta o seu §5º que, no âmbito das garantias reais, se refere, dentre outros créditos, ao penhor sobre títulos de crédito. Aponta, sobre o tema, Melhim Namem Chalhub que é “inaplicável a regra do §5º do art. 49 porque essa se refere exclusivamente aos créditos garantidos por penhor, no qual o devedor emprenha crédito, mas conserva a propriedade. Assim, encontrando-se no patrimônio do devedor, os créditos pignoratícios devem ser incluídos no plano de recuperação”.

Assinala o art. 1.431 do Código Civil que o penhor provoca a “transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, uma coisa móvel, suscetível de alienação”. Digno de destaque a circunstância jurídica de que a lei fala em posse (direta) e não em propriedade, posto que esta permanece nas mãos do devedor pignoratício, assim como a posse indireta em razão do desdobramento possessório, consequência lógica do penhor comum.

Com relação especificamente ao penhor de títulos de crédito, conforme já tivemos ocasião de assinalar, o credor que dá o seu título em garantia pignoratícia continua como titular do direito creditício, apenas transferindo, para fins de garantia, a posse da cártula ao credor pignoratício. Embora existam algumas semelhanças, não há propriamente uma cessão de crédito.

O credor pignoratício decorrente de penhor de títulos de crédito, pela sua própria estrutura e função, submete-se aos efeitos da recuperação judicial em relação à sociedade empresária que empenha seus créditos, devendo eventuais valores recebidos pelo titular do crédito em nome desta relação, permanecer retidos em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o §4º do art. 6º da Lei 11.101/2005. (Grifo nosso).

Em outras palavras, mesmo o crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial, garantido por penhor de títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários, exige expressa anuência do credor que as titulariza para que seja operacionalizada a sua substituição ou renovação. Do contrário, em não havendo a indispensável anuência do credor, os valores auferidos em decorrência do seu vencimento e liquidação deverão permanecer depositados em conta vinculada durante todo o período de *stay*.

Anota-se, por pertinência, que a competência do juízo recuperacional alusiva ao tema em debate, não se confunde com a competência prevista nos artigos 66 e seguintes da LRF, razão pela qual, em nosso sentir, não é dado ao juízo autorizar o levantamento da quantia depositada pela devedora, na forma do art. 49, §5º, com o fito de fomentar a sua atividade empresarial.

Esse, inclusive, é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, exarado por ocasião do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 1412667-35.2019.8.13.0000 (número único), segundo o qual *“a própria norma de contenção estabelece que os depósitos devem ser mantidos no processo original, excepcionando apenas a hipótese de substituição ou renovação”*, cuja competência do juízo universal da recuperação judicial se restringe a reconhecer a *“impossibilidade de renovação ou substituição da garantia sem a participação efetiva do credor”*. *Ex positis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO EM FACE DA DECRETAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE - DEPÓSITOS REALIZADOS EM DATA ANTERIOR - SUBSTITUIÇÃO OU RENOVAÇÃO - INOCORRÊNCIA. Malgrado o juízo da recuperação tenha decidido sobre os depósitos anteriores à decretação da recuperação judicial, **a própria norma de contenção estabelece que os depósitos devem ser mantidos no processo original, excepcionando apenas a hipótese de substituição ou renovação (§5º, do art. 49 da Lei Federal 11.101/05)**, o que não é a hipótese dos autos, em que, em função da legislação aplicável, se mostra impossível que a Administração produza acordo em ambas as figuras sem que houvesse autorização legal em face do princípio da legalidade. **Tam-**

bém não se trata no caso, de ato de alienação consistente com a competência do juízo universal, mas tão somente de reconhecermos a impossibilidade de renovação ou substituição da garantia sem a participação efetiva do credor. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gérias – Recurso de Agravo de Instrumento, nº. 1.0145.13.035079-9/003, Relator(a) Des.(a) Luzia Divina de Paula Peixoto, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/04/2020, publicação da súmula em 04/05/2020). (Grifo nosso).

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, quando do julgamento proferido no Recurso de Agravo de Instrumento nº 0044827-17.2019.8.16.0000, enfrentou o tema proposto para sedimentar o posicionamento, segundo o qual o crédito garantido por “penhor de depósito” recebeu tratamento diferenciado pela Lei nº 11.101/2005, motivo pelo qual, muito embora ele se sujeite aos efeitos da recuperação judicial, os valores eventualmente recebidos permanecerão depositados em conta vinculada, durante o transcurso do *stay period*. *Ipsis litteris*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO À EXPORTAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINA A LIBERAÇÃO DE VALORES DE APLICAÇÃO FINANCEIRA.

1. CÉDULA DE CRÉDITO À EXPORTAÇÃO. DUPLA GARANTIA. CESSÃO FIDUCIÁRIA E PENHOR DE DEPÓSITO. NATUREZA JURÍDICA DIVERSA. LEI Nº 11.101/2005 QUE LHES CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO. ART. 49, §§3º E 5º. CRÉDITO GARANTIDO POR PENHOR. SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. – Observando-se que a Cédula de Crédito à Exportação firmada entre as partes conta com dupla garantia, decorrente da previsão de cessão fiduciária e do penhor de depósito, há que se avaliar a natureza jurídica de cada uma delas e o tratamento que lhes é conferido pela Lei nº 11.101/2005. – **À luz do que dispõe o art. 49, §§3º e 5º, da Lei nº 11.101/2005, o crédito garantido por penhor, ao contrário daquele com garantia de cessão fiduciária, é passível de ser submetido à recuperação judicial.**

2. PENHOR. DIREITO REAL DE GARANTIA. VALORES RECEBIDOS EM PAGAMENTO. MANUTENÇÃO

EM CONTA VINCULADA. STAY PERIOD. DIREITO DO CREDOR RESGUARDADO PELA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 49, §5º, DA LEI Nº 11.101/2005. – **Na forma do art. 49, §5º, da Lei nº 11.101/2005, os valores eventualmente recebidos em pagamento, derivados dos créditos garantidos por penhor, permanecerão em conta vinculada durante o período de que trata o art. 6º, §4º, da referida Lei (“stay period”).**

Recurso provido.

(Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 18ª Câmara Cível – 0044827-17.2019.8.16.0000 – Cornélio Procópio – Relator DESEMBARGADOR PERICLES BELLUSCI DE BATISTA PEREIRA – J. 04.12.2019). (Grifo nosso).

Nesse diapasão, transcreve-se trecho do acórdão anteriormente citado, para asseverar que, *“muito embora deva ser observado o princípio de preservação da empresa, não é possível que ele se sobreponha aos demais comandos normativos insertos na Lei 11.101/2005. O escopo de preservação da empresa não pode, indistintamente, tolher o direito dos credores resguardados pela própria Lei de Falências e Recuperação Judicial”*^{8 9}.

⁸ Sobre o princípio da preservação da empresa, consignamos que a doutrina e jurisprudência especializadas no tema defendem a sua vinculação intrínseca com a função social da propriedade, encartada no art. 170 da Constituição Federal e no próprio art. 47 da LRF, o que equivocadamente poderia nos levar a concluir, a partir desse posicionamento, que o princípio da preservação da empresa enquanto norma finalística de fundo constitucional, deveria prevalecer sobre outras normas contidas na Lei 11.101/2005, como por exemplo, as regras previstas nos §§3º e 4º do seu art. 49.

Inobstante, como bem pontuou o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, em voto proferido no Recurso Especial nº. 1.279.525/PA², *“(…) a ponderação é recurso interpretativo que se molda a resolver conflitos de norma da mesma natureza, o que não se verifica no caso. Não bastasse, percebendo as disposições do art. 47 como realmente principiológicas e as do art. 49, §4º, como de cogência absoluta, não haveria razão para afastar estas últimas, em prevalência das primeiras. Afinal, estamos diante de dois dispositivos trazidos pelo mesmo veículo normativo, portanto do mesmo nível hierárquico. **Nesses casos, quando a estipulação do princípio não advém de legislação editada com o fim de dispor sobre normas gerais, mas do mesmo plano normativo que a regra, a regra deve prevalecer sobre o princípio,** salvo se houver declaração de inconstitucionalidade que lhe retire eficácia”*. (Grifo nosso).

³ Perfilhando do mesmo entendimento, Fábio Ulhoa Coelho, asseverou que *“não há hierarquia entre, de um lado, os princípios e, de outro, as demais regras do direito, tão apenas em razão da suja natureza, vale dizer, do*

Corroborando com o posicionamento ora defendido, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 623) assinalam que:

(...) os créditos garantidos por penhor sobre títulos de crédito submetem-se à recuperação judicial, até porque o bem empenhado permanece no patrimônio da recuperanda, diferentemente do que ocorre com a garantia fiduciária.

Contudo, durante o período de proteção (*stay period*), o valor recebido em pagamento pela prestação das garantias fica fora do alcance da recuperanda, impossibilitando sua utilização ao mantê-lo em 'conta vinculada', salvo se houver a improvável substituição ou renovação da garantia autorizada pelo credor.

A regra denota que os recursos advindos da liquidação dos títulos dados em garantia restam temporariamente paralisados ('intocados') em uma conta especial fora do alcance do devedor (e do credor). **A rigor, trata-se de um crédito que se submete à recuperação judicial, mas está sujeito a um regime especial pelo prazo do stay period.** (Grifo nosso).

Esclarecendo o alcance na norma em comento (art. 49, §5º da LRF), Manoel Justino Bezerra Filho, *apud* João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 624), afirma que:

âmbito de incidência de cada uma destas normas. Um princípio só será hierarquicamente superior a determinada regra se tiver sido enunciado por norma de categoria mais elevada". (COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13). Com posicionamento bastante similar, discorrendo sobre o uso indiscriminado do princípio da preservação da empresa, Henrique Afonso Pipolo afirma que **"não é papel do Juiz da recuperação judicial corrigir as eventuais discordâncias em relação ao comando normativo. Não é dado ao Poder Judiciário invadir a competência do Poder Legislativo para corrigir eventuais imperfeições ou mesmo as situações previstas na lei e que não atendem aos interesses dos devedores"**. (PIPOLO, Henrique Afonso. Princípio da preservação da empresa na recuperação judicial: uma análise da sua aplicação na jurisprudência. 2016. 174f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p.53-54, grifo nosso).

Se o devedor tem um débito com um banco e entregou a este banco notas promissoras de terceiro (em garantia da dívida contraída), este terceiro, não sujeito a qualquer efeito da recuperação, deverá fazer normalmente o pagamento quando do vencimento. Em situação normal, o banco abateria o valor recebido da dívida e ficaria com o dinheiro. A regra em questão prevê que aquela garantia pode ser substituída e, portanto, o dinheiro recebido viria diretamente para a empresa em recuperação. (...).

No entanto, o benefício à empresa em recuperação é apenas aparente, porque esse tipo de substituição depende de aprovação expressa do credor titular da garantia (§1º do art. 50), aprovação altamente duvidosa. (...).

Se renovada ou substituída a garantia, o valor recebido do terceiro devedor do título empenhado poderá ser levantado pela empresa em recuperação. Se não houver concordância do credor titular da garantia e não tiver sido feita a substituição da garantia, o dinheiro recebido ficará em conta vinculada durante o prazo de 180 dias previsto no §4º do art. 6º. (...).

Portanto, se as garantias forem renovadas ou substituídas, com a anuência do credor, o dinheiro poderá ser liberado em favor da empresa em recuperação. **Se não houver essa substituição – é o mais provável, pois a anuência do credor é altamente improvável –, o dinheiro permanecerá depositado em conta vinculada durante 180/360 dias. Se concedida a recuperação, o credor garantido receberá na forma prevista no plano aprovado e o dinheiro será liberado em favor do credor garantido.** Anote-se que, embora não haja específica previsão legal neste sentido, dentro do sistema da Lei parece ser este o caminho mais razoável a ser trilhado. (Grifo nosso).

Assim sendo, podemos concluir que, findo o *stay period* e não tendo ocorrido a substituição ou renovação das garantias relacionadas no art. 49, §5º da LRF, dentro de um cenário de aprovação do plano de recuperação judicial, com a consequente alteração das condições de pagamento do crédito atrelado à referida garantia, o credor poderá levantar os valores constantes na conta vinculada até o limite da obrigação novada, sendo que o saldo

remanescente será disponibilizado ao devedor. Por outro lado, dentro de um cenário de rejeição do plano de recuperação judicial, sem a consequente alteração das condições de pagamento do crédito sujeito, o credor poderá excutir as aludidas garantias, promovendo, outrossim, a amortização do seu crédito.

3 Dos créditos garantidos por penhor rural

Transpondo o posicionamento ora defendido para o cenário das cédulas de crédito rural garantidas por penhor rural (pecuário¹⁰ ou agrícola¹¹), cujas garantias se traduzem em direito real sobre bens móveis¹², identificamos situação de extrema similitude à prevista no art. 49, §5º da LRF, reclamando, portanto, solução equivalente.

Vale dizer que os créditos, bem ainda os bens atrelados às cédulas de crédito rural que ostentam a posição de garantia pignoratícia, abrangidos na classe II (garantia real), se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, tal como se depreende da inteligência conjugada dos artigos art. 41, II e 49 da LRF, se submetendo, outrossim, às regras contidas no §1º do art. 50 e *caput* do art. 59 do mesmo diploma legal, de modo que eventual supressão ou substituição desta garantia demanda expressa anuência do seu titular.

Entretanto, imbuídos na intenção de contextualizar o plano fático em relação ao penhor agrícola, destacamos que a codificação privada estabelece que:

¹⁰ Art. 1.444 do Código Civil/2002. “Podem ser objeto de penhor os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios”.

¹¹ Art. 1.442 do Código Civil/2002. “Podem ser objeto de penhor:

I - Máquinas e instrumentos de agricultura;

II - Colheitas pendentes, ou em via de formação;

III - frutos acondicionados ou armazenados;

IV - Lenha cortada e carvão vegetal;

V - Animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola”.

¹² Art. 1.419 do Código Civil/2002. “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”. Penhor, nas palavras de Flávio Tartuce, constitui-se “pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação”. Ressalte-se, contudo, que em relação ao penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, a posse direta do bem permanece em poder do devedor, sendo transferida, apenas e tão somente ao credor, a posse indireta, por meio de uma tradição ficta denominada *constituto possessório*. (TARTUCE, 2021, p. 493).

Art. 1.443. O penhor agrícola que recaia sobre colheita pendente, ou em via de formação, abrange a imediatamente seguinte, no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a que se deu em garantia.

Parágrafo único. Se o credor não financiar a nova safra, poderá o devedor constituir com outrem novo penhor, em quantia máxima equivalente à do primeiro; o segundo penhor terá preferência sobre o primeiro, abrangendo este apenas o excesso apurado na colheita seguinte. (Grifo nosso).

Referida norma deve ser interpretada em conjunto com a regra insculpida no art. 7º da Lei nº 492/1937, cujo conteúdo prescreve que:

Art. 7º O prazo do penhor agrícola não excederá de dois anos, prorrogável por mais dois, devendo ser mencionada, no contrato, à época da colheita da cultura apenhada e, embora vencido, subsiste a garantia enquanto subsistirem os bens que a constituem.

§1º Sendo objeto do penhor agrícola a colheita pendente ou em via de formação, abrange ele a colheita imediatamente seguinte no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a dada em garantia. Quando, porém, não quiser ou não puder o credor, notificado com 15 dias de antecedência, financiar a nova safra, fica o devedor com o direito de estabelecer com terceiro novo penhor, em quantia máxima equivalente ao primitivo contrato, considerando-se, qualquer excesso apurado na colheita, apenhado à liquidação da dívida anterior.

§2º Nesse caso, não chegando as partes a ajustá-lo, assiste ao credor o direito de, exibindo a prova do tanto quanto a colheita se lhe consignou, ou se apurou, ou de ter-se frustrado no todo ou em parte, requerer ao juiz competente da situação da propriedade agrícola que faça expedir mandado para a averbação de estender-se o penhor à colheita imediata.

§3º Da decisão do juiz cabe o recurso de agravo de petição para a Corte de Apelação, interposto pelo credor ou pelo devedor.

§4º A prorrogação do prazo de vencimento da dívida garantida por penhor agrícola se efetua por

simples escrito, assinado pelas partes e averbado à margem da transcrição respectiva. (Grifo nosso).

Idêntica regra se previu para os casos de penhor pecuário, na medida em que o Código Civil e a Lei 492/1937 estabelecem, respectivamente, que:

Art. 1.446. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

Parágrafo único. Presume-se a substituição prevista neste artigo, mas não terá eficácia contra terceiros, se não constar de menção adicional ao respectivo contrato, a qual deverá ser averbada. (Grifo nosso).

Art. 12. Não pode o devedor vender o gado, nem qualquer dos animais empenhados, sem prévio, consentimento escrito do credor.

§1º Quando o devedor pretenda vendê-los ou, por negligente, ameace prejudicar ao credor, pode este requerer se depositem os animais sob a guarda de terceiro ou exigir que incontinenti se lhe pague a dívida.

§2º Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor, que se estende às crias dos empenhados.

§3º Esta substituição presume-se, mas não vale contra terceiros se não constar de menção adicional ao respectivo contrato. (Grifo nosso).

Dentro dessa concepção, não podemos deixar de observar que a hipótese versada nos dispositivos legais anteriormente transcritos reflete a *sub-rogação real por determinação legal*¹³, vez que trata do perecimento natural e/ou espontâneo dos bens que compõem o acervo da garantia pignoratícia. Por outro lado, a conversão do produto rural (dado em garantia pignoratícia) em pecúnia, com o objetivo de fomentar a atividade empresarial do devedor ou lhe gerar um fluxo de caixa para o pagamento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, na seara do processo recuperacional, não corresponde à hipótese retratada nos aludidos dispositivos, ensejando, portanto, a apli-

¹³ Termo utilizado por Flávio Tartuce, quando discorreu acerca das garantias reais sob a perspectiva dos processos recuperacionais e falimentares. (TARTUCE, 2021, p. 489-506).

ção das regras encartadas no §1º do art. 50, *caput* do art. 59 e §5º do art. 49, todos da Lei nº 11.101/2005.

Veja-se que no caso de *sub-rogação real por determinação legal*, temos uma ideia bastante clara sobre a continuidade da garantia real pignoratícia mediante a conservação do negócio jurídico de garantia, com o fito de assegurar os direitos do credor nas hipóteses em que ocorre o perecimento natural e/ou espontâneo do produto rural. E isso se justifica especialmente porque, em se tratando de penhor rural, a posse direta dos bens é atribuída ao devedor, que se responsabiliza pela higidez da referida garantia.

Essa conclusão, acerca da continuidade da garantia pignoratícia nas situações em que se verificar o seu perecimento natural e/ou espontâneo, é de suma importância no âmbito do processo de recuperação judicial e falimentar, vez que se permite aferir se o referido perecimento teria o condão de resultar na extinção automática da garantia real a implicar eventual reclassificação desse crédito para a classe quirografária.

Enfrentando essa questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº. 70066998881, asseverou que o perecimento do produto rural dado em penhor rural não resulta na desconstituição da garantia pignoratícia, que se mantém hígida, em decorrência da *sub-rogação real por determinação legal*. *In verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CREDITOS COM GARANTIA REAL. GARANTIAS VÁLIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE CLASSIFICAÇÃO COMO QUIROGRAFÁRIOS. (...).

7. No que tange ao terceiro crédito, este decorre da cédula de crédito rural pignoratícia n.º B30531077-0, garantida por penhor levado a efeito em cédula rural sobre dez mil sacas de trigo tipo indústria, da safra 2012/2013, situação jurídica esta que coaduna com o tipo de título de crédito em exame, o qual não exige que o bem dado em garantia seja entregue previamente.

8. Assim, a garantia não resta afastada, tendo em vista que o penhor não resta desconstituído com o perecimento ou alienação do bem fungível, que pode ser perfeitamente substituído, desde que atendidos os parâmetros atinentes a igual qualidade e quantidade do produto ofertado em penhor. Ademais, não foi convencionado pelas partes que a garantia dada

seria sobre bem infungível, foi estabelecida aquela sobre produto agrícola fungível, o que dá azo a sua substituição. Inteligência do art. 85 do Código Civil.

9. Dessa forma, não há como desconstituir a garantia real pela inexistência das referidas sacas de trigo, uma vez que plenamente possível a substituição do produto em questão por outro de igual qualidade e quantidade devido à fungibilidade deste, ainda, caso não seja entregue este, ainda será possível a resolução no valor equivalente aquele.

Negado provimento ao agravo de instrumento. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Agravo de Instrumento nº 70066998881. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em: 29-06-2016). (Grifo nosso).

Com idêntico posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões proferidas sob a vigência do regime de insolvência empresarial anterior (Decreto-Lei nº. 7.661/1945), consignou que:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL RECEBIDO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. BENS FUNGÍVEIS E CONSUMÍVEIS. GARANTIA REAL. SUBSTITUIÇÃO POR OUTROS DA MESMA NATUREZA. POSSIBILIDADE. AFASTADA A PENHORA SOBRE A RENDA DIÁRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **“Desaparecendo os bens dados em penhor, para garantia de contrato de financiamento bancário, e estando em concordata a devedora, a execução pode prosseguir com a penhora de outros bens da mesma natureza e qualidade. o crédito não se transforma em quirografário, a ponto de submeter o credor aos efeitos da concordata”** (REsp 199.671/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no Ag n. 740.680/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/8/2013, DJe de 23/9/2013.). (Grifo nosso).

No entanto, hipótese diversa é o caso da alienação do produto rural dado em garantia pignoratícia, no âmbito do proces-

so de recuperação judicial, com vistas a gerar capital de giro e fomento para as atividades empresariais desempenhadas pelo devedor, na forma prevista no art. 50 da LRF.

Veja-se que não estamos a tratar do efetivo perecimento (natural ou espontâneo) do bem, a ensejar a aplicação das regras insculpidas nos arts. 1.443 e 1.446 do Código Civil, mas, sim, da conversão desses bens em pecúnia a ser utilizada para o fomento da atividade empresarial. Assim sendo, resta claro como a luz do sol que a conversão e a utilização dos recursos auferidos na forma ora mencionada pressupõem a anuência do titular da garantia pignoratícia, porquanto, fatalmente resultará na sua supressão ou substituição, a retratar, portanto, hipótese de *sub-rogação real convencional*¹⁴, que deve ser operacionalizada mediante o consentimento das partes envolvidas.

Sobre o tema, Marco Aurélio Bezerra de Melo (2021, p. 477) ressalta, de forma bastante assertiva, que:

Em acatamento à importância das garantias reais, mesmo diante da aceitação de inúmeros mecanismos para a efetivação da recuperação judicial da sociedade em crise previstas no art. 50 da Lei 11.101/2005, **o §1º deste dispositivo legal prevê que “na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”. Mesmo diante da busca da preservação da atividade empresarial, a lei não olvida da segurança jurídica do credor com garantia real, reafirmando os atributos das garantias reais previstas no Código Civil, ressaltando apenas, por óbvio, a aceitação expressa do titular do direito.** (Grifo nosso).

Dando sequência ao raciocínio apresentado, não podemos nos descuidar do fato de que o produto rural, por óbvio, não dispõe das mesmas características perenes atribuídas aos bens imóveis, razão pela qual, mesmo que o credor não concorde com a supressão da referida garantia pignoratícia, ou ainda, com a

¹⁴ Termo utilizado em consonância com o termo *sub-rogação real por determinação legal*, defendido por Flávio Tartuce, conforme registrado em linhas pretéritas.

sua substituição por outro bem móvel equivalente (de mesmo gênero, quantidade e qualidade), ele poderá assentir com a sua substituição por um valor que lhe corresponda, cuja quantia deverá ser depositada em conta vinculada, tal qual estabelece a parte final do §5º¹⁵ do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

É bom ressaltar que eventual pedido de autorização judicial para o levantamento e a utilização da quantia depositada em conta vinculada pelo devedor, na condição de capital de giro e fomento de suas atividades empresariais, ou mesmo como fluxo de caixa para pagamento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial, implica, necessariamente, na supressão da garantia pignoratícia outrora substituída/convertida em pecúnia, a exigir a expressa anuência do credor titular, na forma do §1º do art. 50 e *caput* do art. 59 da Lei nº 11.101/2005

Com posicionamento bastante similar ao que ora se defende, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 2066329-67.2017.8.26.0000, determinou a liberação das garantias hipotecárias prestadas em favor de uma Instituição Financeira, mediante o depósito dos valores auferidos com os imóveis hipotecados, em conta vinculada junto ao banco. *In verbis*:

Recuperação judicial. Decisão permitindo a liberação, nos próprios autos, de hipotecas que gravam os imóveis das incorporações imobiliárias, mediante depósito dos valores arrecadados em conta vinculada junto ao banco. Possibilidade, com ressalva.

Questionamento, pelo banco-agravante, do descumprimento do art. 50, §1º, da Lei nº 11.101/2005, bem como afronta ao teor da Súmula nº 61 do TJSP.

Decisão, todavia, que não se confunde com as situações aí retratadas.

Liberação não cogitada como meio de recuperação, deliberada em plano das devedoras, mas como forma de solucionar do ponto de vista funcional

¹⁵ “Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, **enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o §4º do art. 6º desta Lei**”. (Grifo nosso).

entraves relativos a unidades imobiliárias do ativo circulante comercializadas pelas incorporadoras no giro regular de sua atividade. Liberação que pode ser cogitada quanto a unidades quitadas, com recursos do adquirente ou mediante financiamento externo, inclusive porque nesses casos a hipoteca seria inoponível a tais adquirentes, à luz da Súmula nº 308 do STJ.

Descabimento da liberação contudo quanto a unidades ainda não quitadas, ou não comercializadas e ainda em nome das incorporadoras. Alcance da decisão restrito, outrossim, às SPEs que forem mantidas em recuperação, observado o teor de decisões proferidas em outros agravos de instrumento excluindo as SPEs com patrimônio de afetação bem como determinando a análise da situação individual das demais.

Decisão, portanto, confirmada com essas ressalvas. Agravo de instrumento desprovido, com observação.

(Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2066329-67.2017.8.26.0000. Relator Fabio Tabosa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Central Cível – 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais. Data do Julgamento: 12/06/2017. Data de Registro: 13/06/2017). (Grifo nosso).

Apenas a título de registro, consignamos que a situação fática versada no recurso ora transcrito diverge um pouco da realidade fática contextualizada neste ensaio, na medida em que a liberação das garantias hipotecárias tratadas naquele recurso não decorreu das disposições encartadas no plano de recuperação judicial deliberado pelos credores, tal como possibilita o art. 50 da LRF.

Dito isto e, com amparo nos fundamentos jurídicos aviados em linhas pretéritas, conclui-se que as garantias pignoratícias vinculadas às cédulas de crédito rural, representadas por produto rural (agrícola ou pecuário), reclamam a incidência das regras contidas no inciso II do art. 41, *caput* e §5º do art. 49, §1º do art. 50 e *caput* do art. 59, todos da Lei nº 11.101/2005, em especial, no que se refere à providência alusiva ao depósito em conta vinculada da quantia auferida com a alienação do produto rural, objeto da garantia pignoratícia, pelo prazo do *stay period*, bem como a sua posterior utilização para a amortização do crédito novado, na forma prevista no plano de recuperação judicial.

4 Da não essencialidade do produto rural dado em garantia pignoratícia

Demonstradas as premissas jurídicas que nos levam a concluir pela aplicação, por analogia, da regra encartada no §5º do art. 49 da LRF ao penhor rural (agrícola ou pecuário), passamos a nos ocupar da alegação de essencialidade do produto rural, a sustentar a narrativa de que a sua eventual conversão em pecúnia, seguida do depósito em conta vinculada e posterior utilização para amortização do crédito novado, incorreria em risco a continuidade das atividades empresariais e a própria finalidade do instituto da recuperação judicial.

Pois bem! Em primeiro lugar, não podemos deixar de destacar, oportunamente, que o atributo de essencialidade de um bem dado em garantia está diretamente relacionado à condição de extraconcursalidade do crédito a ela vinculado, tal como se depreende do §3º do art. 49 da LRF. Senão, vejamos:

Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu **crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial** e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, **não se permitindo**, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, **a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial**. (Grifo nosso).

Veja-se que o legislador atento à natureza jurídica de determinadas relações estabelecidas entre o credor e o devedor, a resultar na exclusão do seu crédito dos efeitos da recuperação judicial, consignou a hipótese, segundo a qual, em se tratando de bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial do devedor, o credor estaria, temporariamente, impedido de promover a venda ou a retirada do aludido bem da posse daquele devedor.

Assim, da inteligência do dispositivo anteriormente mencionado, podemos concluir que a essencialidade de um bem está intrinsicamente associada à não sujeição do crédito, a ela atrelado, aos efeitos do processo de reestruturação judicial, em nada se relacionando, portanto, com os créditos vinculados às garantias reais, como, por exemplo, o penhor rural.

Em segundo lugar, como bem assinalado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, quando do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 1017207-51.2019.811.0000, as *commodities* se traduzem em ativos destinados à circulação, não se enquadrando, portanto, no conceito de bem de capital essencial à manutenção das atividades desempenhadas pelo devedor, porquanto, se referem a bens de estoque e não de bens utilizados no processo produtivo.

Pertinentes foram os registros consignados pelo Desembargador Relator do referido Recurso de Agravo de Instrumento no sentido de que:

(..), os grãos objeto de arresto foram produzidos com a única finalidade de serem entregues ao final da colheita ao credor que financiou a sua própria produção, não se tratando, portanto, de bens que constituiriam o ativo circulante dos agravados. Logo, eles nem sequer deveriam ser considerados como fluxo de caixa, pois não poderia realizar a venda desse produto com a finalidade de fomento da safra seguinte. (Grifo nosso).

Corroborando com o entendimento defendido, Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 236) prescreve que:

Pelo art. 49, §3º, portanto, três requisitos precisam estar presentes para se impedir a retomada. Necessário que tenha ocorrido o desdobramento da posse, que o bem seja de capital e, ainda, que o bem seja essencial à atividade empresarial. A interpretação de bens de capital essenciais não pode ser estendida para todos os bens essenciais, de capital ou não. A norma legal, excepcional, ao restringir o direito do credor em retomar o próprio ativo, deve ser interpretada de forma restritiva. **Os bens de estoque, assim por serem destinados à alienação, ainda que imprescindíveis à atividade empresarial, não foram considerados pelo legislador como bens de capital**

e, por isso, poderiam ser livremente retomados pelo proprietário (...). (Grifo nosso).

Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença (2023, p.536), ao tratarem do tema da essencialidade, salientam ser:

(...), fundamental discorrer separadamente sobre (i) o que seria bem de capital e (ii) como aferir sua essencialidade.

Quanto ao primeiro item, considerações merecem ser feitas em 4 esferas: jurídica, contábil, econômica e financeira. (...).

Assim, conjugando os elementos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros, **pode-se dizer que, para fins do sistema da insolvência, bem de capital é aquele usado na atividade empresarial para gerar fluxos de caixa futuros em favor do devedor, sem que ele seja consumido no próprio processo produtivo. Dada a natureza perene dos bens de capital, itens do ativo circulante dificilmente se enquadrarão nessa hipótese.**

(...).

Quanto ao segundo item a ser explanado (“como aferir a essencialidade do bem”), deve-se indicar que não basta a mera alegação por parte do devedor – afinal, se assim fosse, alegar-se-ia que todos os bens são essenciais. Deve-se demonstrar o nexo causal entre a utilização do bem e os resultados do devedor. A descrição não deve tratar somente da essencialidade do tipo (gênero) de bem requerido, mas sim individualmente do item requerido (espécie). A explicação ficará mais fácil com um exemplo: parece óbvio que, para uma empresa de logística, caminhões (gênero) serão bens essenciais. Mas, caso o devedor tenha poucos contratos ativos e tenha uma frota de 30 veículos, seriam todos eles necessários? A resposta, mesmo em tese, parece ser negativa. Deve-se, então, demonstrar a essencialidade de cada um dos veículos (espécie) para que a ordem judicial seja concedida e não a alegação de caminhões são bens essenciais no intuito de automaticamente protegê-los todos. Por fim, note-se que **a legislação prevê que a suspensão das constrições vale somente até o final do stay period.** Há julgados e enuncia-

dos de tribunais levando à risca esse comando. Todavia, existem também julgados que submeteram a análise de essencialidade ao juízo universal mesmo depois de encerrado o stay. (Grifo nosso)

Validando o posicionamento que ora se defende, o Superior Tribunal de Justiça, no AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.960.434/PR, asseverou que *“bem de capital é aquele utilizado no processo de produção (...), não se enquadrando em seu conceito o objeto comercializado pelo empresário (...).”* Nestes termos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. “A Corte Especial do STJ, no julgamento do EAREsp 1255986/PR, decidiu que a sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais) é o ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais” (AgInt no AREsp n. 1.994.838/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/3/2022, DJe de 30/3/2022).

2. “Bem de capital é aquele utilizado no processo de produção (veículos, silos, geradores, prensas, colheitadeiras, tratores etc.), não se enquadrando em seu conceito o objeto comercializado pelo empresário” (REsp n. 1.991.989/MA, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/5/2022, DJe de 5/5/2022).

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.960.434/PR, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 17/10/2022.). (Grifo nosso).

Além do entendimento referido anteriormente, inúmeros outros julgados seguiram a mesma sorte, pontuando-se, inclusive, que *“a avaliação quanto à essencialidade de determinado bem recai unicamente sobre bem de capital, objeto de garantia fiduciária”*. *Ex positis*:

RECURSO ESPECIAL. 1. INCLUSÃO INDEVIDA DE CRÉDITO EXTRANCONCURSAL NA LISTA DE CREDORES PELA RECUPERANDA. SUBSISTÊNCIA DE SUA NATUREZA, INDEPENDENTEMENTE DA NÃO APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. 2. CONTROVÉRSIA POSTA. 3. STAY PERIOD. NOVO TRATAMENTO CONFERIDO PELA LEI N. 14.112/2020. OBSERVÂNCIA. 4. DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA DELIBERAR A RESPEITO DAS CONSTRIÇÕES REALIZADAS NO BOJO DAS EXECUÇÕES INDIVIDUAIS DE CRÉDITO EXTRACONCURSAL, SEJA QUANTO AO SEU CONTEÚDO, SEJA QUANTO AO ESPAÇO TEMPORAL. AFASTAMENTO, POR COMPLETO, DA IDEIA DE JUÍZO UNIVERSAL. 5. DECURSO DO STAY PERIOD (NO CASO, INCLUSIVE, COM A PROLAÇÃO DE SENTENÇA DE CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL). EQUALIZAÇÃO DO CRÉDITO EXTRACONCURSAL. INDISPENSABILIDADE. 6. RECURSO IMPROVIDO, CASSANDO-SE A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA.

(...).

3. Especificamente sobre o stay period, a Lei n. 14.112/2020, sem se afastar da preocupação de que este período de esforços e de sacrifícios impostos [por lei] aos credores não pode subsistir indefinidamente, sob o risco de gerar manifesta iniquidade, estabeleceu que o sobrestamento das execuções de créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial (com vedação dos correlatos atos constritivos) perdurará pelo “prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal”.

(...).

4.1 Esta Terceira Turma (por ocasião do julgamento do REsp 1.758.746/GO) e, posteriormente, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.629.470/MS), na via recursal propugnada (CC 153.473/PR), adotou o posicionamento de que a avaliação quanto à essencialidade de determinado bem recai unicamente sobre bem de capital, objeto de garantia fiduciária (ou objeto de constrição).

(...).

(REsp n. 1.991.103/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 13/4/2023.) (Grifo nosso).

Assim sendo e considerando os fundamentos jurídicos mencionados neste ensaio, podemos concluir, em primeiro lugar, que a condição de essencialidade do bem dado em garantia está intrinsicamente associada à extraconcursabilidade do crédito, ao qual ele está atrelado, de modo que não nos parece razoável utilizar a alegação de essencialidade do bem, quando se estiver em debate, garantia real vinculada a crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

Em segundo lugar, tal como demonstrado em linhas pretéritas, as *commodities* e demais produtos rurais, de modo geral, espelham ativos destinados à circulação, não se enquadrando, portanto, no conceito de bem de capital essencial à manutenção das atividades do devedor, refletindo, portanto, bens de estoque.

Por fim, como bem pontuam Eduardo da Silva Mattos e José Marcelo Martins Proença, nos trechos outrora transcritos, devemos perquirir em que medida os bens alegadamente essenciais à manutenção das atividades desenvolvidas pelo devedor são, de fato, essenciais, na medida em que tal aferição deve levar em conta o bem de forma individualizada, ou seja, dentro do contexto fático em que ele está inserido.

Conclusão

Em síntese, consignamos que as garantias pignoratícias tratadas neste ensaio atribuem aos créditos a elas vinculados a condição de créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, e, por conseguinte, às regras contidas no §1º do art. 50 e *caput* do art. 59 da LRF, demandando, portanto, expressa anuência do credor titular para os casos de supressão ou substituição do bem gravado com ônus real.

Concluimos, outrossim, que a novação recuperacional se difere da novação civil, uma vez que aquela não admite a automática extinção das garantias atreladas ao crédito sujeito à recuperação judicial, em decorrência da aprovação do plano pela coletividade dos credores, sem que o credor titular da referida garantia real expressamente, com ela, consinta, justamente por faltar-lhe o ânimo de novar.

Da mesma forma, inferimos que o penhor rural reclama, por analogia, a mesma solução legislativa dada ao penhor creditício, nos casos em que não se assina com a sua substituição por produ-

to equivalente (mesmo gênero, quantidade e qualidade), ou mesmo com a sua renovação, de modo que a quantia auferida com a alienação desses produtos rurais deve ser depositada em conta vinculada durante o *stay period*, para posterior liberação ao credor, titular da garantia no §5º do art. 49, não encontra respaldo legal, na medida em que a essencialidade de um bem dado em garantia está intrinsicamente associada à extraconcursalidade do crédito a ele atrelado, razão pela qual não nos parece admissível, destarte, utilizar a alegação de essencialidade do bem quando se estiver em debate garantia real vinculada a crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

Em arremate, destacamos que eventual alegação de essencialidade do produto rural dado em garantia pignoratícia, objetivando afastar a aplicação, da parte final da norma prevista no §5º do art. 49, não encontra respaldo legal, na medida em que a essencialidade de um bem dado em garantia está intrinsicamente associada à extraconcursalidade do crédito a ele atrelado, razão pela qual, não nos parece admissível, destarte, utilizar a alegação de essencialidade do bem quando se estiver em debate, garantia real vinculada a crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

Referências

- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. “A novação no código civil e na lei de recuperação judicial e falência (Lei 11.101/2005).” Em **Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e jurisprudência**, por Daniel Carnio COSTA, Flávio TARTUCE e Luis Felipe SALOMÃO. Barueri: Atlas, 2021.
- MATTOS, Eduardo da Silva, e José Marcelo Martins PROENÇA. **Recuperação de empresas: curso avançado em direito, economia e finanças**. São Paulo, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. “Apontamentos sobre as garantias civis na recuperação judicial e na falência.” Em **Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e jurisprudência**, por Daniel Carnio COSTA, Flávio TARTUCE e Luis Felipe SALOMÃO. Barueri: Atlas, 2021.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- SCALZILLI, João Pedro, Luis Felipe SPINELLI, e Rodrigo TELLECHEA. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2023.

TARTUCE, Flávio. “Garantias reais, recuperação judicial e falência.” Em **Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e jurisprudência**, por Daniel Carnio COSTA, Flávio TARTUCE e Luis Felipe SALOMÃO. Barueri: Atlas, 2021.

TOFFOLI, Rodrigo Marino. “Da novação recuperacional e da possibilidade de extensão de seus efeitos aos coobrigados.” Em **Reforma da lei de falências: reflexões sobre direito recuperacional, falimentar e empresarial moderno**, por Fernando Pompeu LUCCAS. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Constitucionalização do direito administrativo: atos, contratos e processo administrativo como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais

Marcus Vinicius Fernandes

*Advogado da CAIXA em Minas Gerais
Pós-graduado em Direito Empresarial pela
Universidade Federal de Juiz de Fora
Pós-graduado em Direito Público pelo Centro
Universitário Newton Paiva/ANAMAGES*

Milena Souza Domith

*Graduanda do curso de Direito das Faculdades
Integradas Vianna Júnior
Graduanda do curso de Filosofia pela Universidade
Federal de Juiz de Fora*

RESUMO

O presente artigo pretende alcançar a demonstração da construção constitucional enquanto reserva de justiça, desde a Constitucionalização do Direito ao âmago da fundamentação dos princípios fundamentais constitucionais enquanto alicerces que regem, também, os atos administrativos, tal como a explanação do núcleo comum dos princípios processuais, que também se integram ao processo administrativo, enquanto essenciais mantenedores de um desenvolvimento procedimental processual administrativo coerente às diretrizes da Carta Magna. Neste, preconiza-se a urgência de avigoreamento das diretrizes constitucionais que administram e permeiam sobremaneira as veias administrativas e processuais do ordenamento jurídico, de modo que, do ponto de vista da teoria democrática, se promova a supressão de toda e qualquer força violadora da legitimidade constitucional. A metodologia utilizada foi pautada em pesquisas bibliográficas e documentais. Como principais conclusões, destaca-se que reforçar a estrutura constitucional emerge como uma necessidade premente para conferir vigor e

plenitude aos direitos fundamentais, visto que a Constituição representa o arcabouço normativo que sustenta e salvaguarda tais prerrogativas. Outrossim, suscita-se que uma Constituição sólida estabelece o arcabouço jurídico indispensável para que os direitos fundamentais sejam devidamente reconhecidos, respeitados e aplicados de maneira eficaz na esfera social. Adicionalmente, a aplicação analógica do Direito Administrativo desempenha um papel relevante nesse contexto, ao oferecer princípios e preceitos que orientam a atuação da administração pública na promoção e tutela desses direitos. Assim, ao empregar o Direito Administrativo como um instrumento subsidiário, torna-se possível assegurar a efetiva implementação dos direitos fundamentais de modo prático e equitativo, fortalecendo, dessa maneira, os pilares do Estado de Direito e da democracia.

Palavras-chave: Direito administrativo. Constitucionalização do direito. Princípios fundamentais. Constituição.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the constitutional construction as a reserve of justice, from the Constitutionalization of Law to the core of the foundation of fundamental constitutional principles as foundations that also govern administrative acts, as well as the explanation of the common core of procedural principles that are also integrated into the administrative process, as essential maintainers of an administrative procedural development consistent with the guidelines of the Magna Carta. In this case, the urgency of reinvigorating the constitutional guidelines that administer and permeate the administrative and procedural veins of the legal system is raised, so that, from the point of view of democratic theory, the suppression of any and all forces that violate constitutional legitimacy are promoted.

Keywords: Administrative law. Constitutionalization of law. Fundamental principles. Process.

Introdução

Em todo o processo histórico, o Direito Constitucional ocupa espaço central de dimensões titânicas, irradiando sua superioridade hierárquica em relação às demais normas legais, por todo o ordenamento jurídico positivo.

Contemplando, também, a Emenda Constitucional n.º 1, datada de 17 de outubro de 1968, cujas profundas modificações na estrutura da Constituição de 1967 merecem consideração especial haja vista seu impacto no cenário político nacional que mudou o curso da história do país, a trajetória histórica constitucional do Brasil registra oito promulgações de Cartas Magnas. Outrossim, expõe-se que, parte substancial das Constituições que um dia vigeram em solo brasileiro, não obteve êxito na limitação do poder dos governantes em favor dos direitos dos governados.

Corrompendo o sufrágio legalista, caracterizado pela predominância do positivismo legalista, no qual a lei era vista como a única fonte legítima do Direito, e sua aplicação era conduzida de forma estritamente formalista, sem uma consideração adequada dos princípios e valores subjacentes, a Constituição de 1988, declarada "Cidadã", revela-se nascedoura pela força normativa constitucional que aplica a todo o ordenamento jurídico, de modo que centraliza sobre si a dominação dos mais diversos núcleos do Direito, delimitando, assim, limites claros ao poder estatal e garantias à proteção dos direitos individuais.

Conhecida como uma Constituição Democrática e Cidadã, corolário de todo o ordenamento jurídico vigente, a Constituição de 1988 possibilita a criação dos mais variados projetos da sociedade brasileira devido à sua forma aberta e plural que lhe permite estar em permanente processo de (re)construção. Nesse sentido, ressalta-se que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, algumas das Constituições anteriores apresentavam o propósito de conferir uma aparente legitimidade ao regime político vigente, desviando-se, contudo, da efetiva concretização dos ideais constitucionais, no que concerne às ações dos detentores dos poderes político, econômico e social.

Para tal, o objetivo principal deste estudo consiste em examinar a evolução histórica do escopo constitucional, de modo que este esteja apto a justificar todo o ordenamento jurídico através de vinculação principiológica, especialmente no que diz respeito às diretrizes que permeiam o Direito Administrativo e suas respectivas práticas, que constituem o foco central desta pesquisa. Para tanto, foram empregadas análises bibliográficas e documentais, abrangendo os aspectos históricos, principiológicos e normativos abrangentes que regem essa relação, bem como as legislações constitucional e administrativa em vigor.

O primeiro item dispõe a respeito do caminho constitucional progresso e acerca do movimento neoconstitucionalista, ter-

mo esse que tem sido difundido por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo, o qual se consolida a partir do advento da promulgação da Constituição Federal de 1988. Já no segundo item, esmiuça-se o papel do instituto da constitucionalização objetivamente relacionado ao Direito Administrativo, abarcando a compreensão dos atos processuais que envolvem sua natureza e sua aplicação prática nas interações entre o Estado e os indivíduos.

Por derradeiro, no terceiro item, a fim de demonstrar a orientação constitucional na atuação do Estado e na interpretação e aplicação das normas administrativas e processuais, conferindo-lhes uma dimensão mais democrática e comprometida com os interesses coletivos, há a explanação dos princípios fundamentais basilares da cultura jurídica como meio de compreender como esses se justificam nas diretrizes administrativas.

1 O sentimento constitucional: o fundamento neoconstitucionalista na consolidação de uma nova ordem jurídica

Como essência de uma sociedade democrática, a Constituição se apresenta como o alicerce primordial, dando forma e resguardando os direitos e deveres dos cidadãos, estabelecendo os limites do poder estatal e assegurando a estabilidade institucional.

Com o declínio da Segunda Guerra Mundial, o Neoconstitucionalismo emergiu de modo conciso na Europa, ramificando-se e fortalecendo suas raízes, por conseguinte, por parte fundamental do Ocidente. Outrossim, o declínio do positivismo jurídico legalista gerou a aproximação sistêmica do Direito à ética e à moral coletivas, afastando a utilização da lei como justificativa personalíssima ao cometimento de iniquidades e, ainda, criando um ambiente propício para a ascensão de um ideal constitucional normativo eficaz. Assim, as normas constitucionais passaram a ter caráter imperativo, além de suas dimensões vinculativas e obrigatórias, buscando tratar com honradez o ensejo coletivo.

Na ocasião, o ordenamento jurídico era caracterizado por uma predominância do positivismo legalista, no qual a lei era vista como única fonte legítima do Direito, e sua aplicação era conduzida de modo estritamente formalista, sem uma consideração adequada dos princípios e valores subjacentes. Nesse contexto, todo o ordenamento jurídico era regido, principalmente, pelo texto das leis e dos regulamentos, com pouca atenção aos

princípios constitucionais ou aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ademais, ao passo que o antigo sistema frequentemente negligenciava os princípios constitucionais e os direitos fundamentais dos cidadãos, a constitucionalização surge como um marco crucial, conferindo forma e proteção a esses direitos, estabelecendo limites ao poder estatal e promovendo a legitimidade e a coesão social.

Destarte, desvendando o movimento político supracitado, expõe Ana Paula de Barcellos (2005, p. 102):

A expressão “neoconstitucionalismo” tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. O prefixo neo parece transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história (...)

Em sintonia a Oscar Vilhena Vieira (1997, p. 53), o constitucionalismo, no exercício de sua plena força normativa, não é mera limitação à regra da maioria, mas possuidor de caráter positivo e promotor da democracia, de forma que as gerações futuras observarão seus direitos resguardados, de modo a gozar de autogovernança frente às ameaças que outrora limitaram a liberdade dos cidadãos. Para tal, o estado constitucional presente, que se consolida após o advento da Constituição de 1988, celebra esferas de decisão pública, na qual cidadãos são livres e têm acesso irrestrito à informação, livrando-se das amarras da arbitrariedade legalista.

Há aqueles que acreditam que a construção constitucional é uma tarefa que se encontra inteiramente no domínio dos juristas. É verdade que todos os textos constitucionais dos tempos modernos foram elaborados por juristas. Por trás desses textos, no entanto, estão os atores políticos e as forças mais importantes

de uma dada sociedade, levando alguns intérpretes à concepção de que fazer uma Constituição representa o trabalho do político no sentido estrito, e do *pouvoir constituant* (ARATO; ANDREW, 1997, p. 5)

Logo, de acordo com Ana Paula Barcellos (2005, p. 86), com a superação do regime progressivo, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Na ocasião, a esperança era reforçada, e permanece, pelo fato de tais elementos gozarem do status de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público. Por esse mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado.

Além disso, em consonância à autora anteriormente mencionada, do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, sendo elas: a normatividade da Constituição, a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem, e a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Para tal, suscita-se que essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.

Ainda, margeando-nos, em suma, à análise de Ana Paula Barcellos (2005, p. 102-103), compreende-se que a particularidade do neoconstitucionalismo consiste na determinação de que, uma vez consolidadas as três citadas premissas constitucionais na esfera teórica, devem ser essas também, viáveis à utilização diária da aplicação do Direito, de modo que sejam elaboradas de forma técnica e dotadas de juridicidade. Não obstante, detém-se que o neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, encontrando-se, ainda, instável e, em muitas ocasiões sendo considerado uma inacabada construção de instrumentos por meio dos quais será possível transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

Pois, diante do que se aduz, instigam-se as discussões sobre a eficácia jurídica da Constitucionalização do Direito, *lato sensu*.

Isto é, à análise dos princípios constitucionais às possibilidades de controle das omissões inconstitucionais que ameaçam a coesão social e a legitimidade do Estado, o presente estudo pretende compreender e interpretar o Direito Administrativo e seus atos ordinários à luz da letra constitucional, como ocorre de forma especialmente marcante sendo, o Direito Administrativo Constitucional, fulcro especialíssimo da pesquisa que se apresenta.

2 Mudança de paradigmas: o velho modelo de fundo autoritário do Direito Administrativo e a necessidade de constitucionalização de seus institutos

Precedendo o advento da Constitucionalização, a administração pública, frequentemente, gozava de ampla discricionariedade na condução dos seus atos, sem uma supervisão adequada do Poder Judiciário ou dos mecanismos de controle e contabilidade. As relações entre o Estado e os cidadãos eram, muitas vezes, marcadas por assimetrias de poder, com uma tendência à arbitrariedade e à falta de transparência por parte das autoridades administrativas.

Nesse contexto, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, com frequência, era relegada a um plano secundário, com prevalência dos interesses estatais sobre os direitos individuais. Ou seja, a legalidade estrita era o principal critério para a validade dos atos administrativos, sem uma consideração adequada dos princípios de justiça, equidade e respeito aos direitos humanos.

Neste ponto, é mister salientar o verdadeiro ponto de inflexão sofrido pelo Direito Administrativo moderno, marcada pela inequívoca crise do modelo positivista exegético, com o advento do novo paradigma do neoconstitucionalismo. Para tal, funda-se uma nova prática do Direito: a constitucionalização dos ramos jurídicos, inclusive do Direito Administrativo.

A interseção entre a moralidade e o direito positivo, especialmente no contexto dos direitos fundamentais e da administração pública, demanda uma abordagem flexível que possibilite o afastamento de regras e da solução estandardizada em certos casos concretos, priorizando a análise das circunstâncias específicas e a aplicação dos princípios constitucionais, como o princípio da primazia da materialidade subjacente, o corolário dos princípios constitucionais da proporcionalidade, de modo que honre os valores albergados na Constituição, seja na concretização de seus atos, contratos ou procedimentos administrativos

e, sobretudo, na construção da ideia de uma maior juridicidade administrativa, refletindo uma busca pela justiça e equidade em cada ato, contrato e procedimento administrativo.

Considerando, pois, a crise do positivismo exegético e do método da subsunção, com o surgimento e o paradigma do neoconstitucionalismo, a relevância dos princípios na aplicação do Direito e o papel criativo do intérprete atribuíram à teoria neoconstitucionalista a irradiante eficácia dos direitos fundamentais, através da constitucionalização do Direito Administrativo e suas ramificações, bem como o princípio da juridicidade administrativa, fundamentado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial brasileira e na casuística da Administração Pública.

Nesse contexto, a imposição da ordem axiológica constitucional direciona-se de modo incontestável à esfera da Administração Pública, evidenciando que, na execução das normas, é imperativo considerar os preceitos constitucionais, podendo até mesmo, em circunstâncias excepcionais, sobrepor-se à ponderação legislativa. A aplicação do direito transcende a mera aderência aos textos normativos, demandando uma análise valorativa complexa, na qual a prevalência de um valor sobre outro exige mais do que uma interpretação textual - exige uma solução que seja intrinsecamente justa.

Almeja-se, em outro dizer, que o centro de gravidade evolua para a avaliação de consequências das políticas públicas, no sentido de oferecer concretude ao primado do direito fundamental à boa administração pública, compreendido - com inspiração no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice e, sobretudo, à luz de nossa Constituição - como direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas (FREITAS, 2009, p. 26).

Deste modo, insta-se salientar ultrapassada a concepção de que a lei, na vinculação, determinaria integralmente todos os aspectos da atividade administrativa e se posicionaria como a única causa do agir administrativo, de tal modo que a Administração não teria alternativa senão agir estritamente dentro dos limites legais, sem margem para qualquer outra opção diante das situações fáticas, visto que a evolução do Direito Administrativo rumo ao paradigma neoconstitucionalista marcou um ponto de inflexão crucial na relação entre o Estado e seus cidadãos.

Com efeito, todo intérprete sistemático, na condição de positivador derradeiro, culmina o aperfeiçoamento do Direito Positivo e, em razão disso, não presta vassalagem a normas, nem aceita passivamente horrendas omissões que impedem a tutela inadiável do aludido núcleo essencial dos direitos em suas múltiplas facetas (FREITAS, 2004, p. 24).

Nesse sentido, destaca-se que o Direito não deve expressar a vontade dos mais fortes, mas sim dos mais justos. Outrossim, Binembjom (in "Uma Teoria do Direito Administrativo, Renovar, 2014, p. 138), por sua vez, advoga que diante de leis ostensivamente violadoras de direitos fundamentais, a Administração Pública se encontra compelida a priorizar a Constituição em detrimento da lei, desconsiderando as normas afetadas de inconstitucionalidade, abordagem esta que será discutida de forma mais detida no próximo tópico, em que apresentaremos o catálogo dos princípios basilares que regem as relações na Administração Pública.

Portanto, a superação da visão estritamente legalista da atividade administrativa representa um progresso na edificação de uma administração mais equitativa e democrática. A valorização dos princípios constitucionais como balizadores das ações da Administração Pública não apenas reforça os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também fomenta uma maior transparência, moralidade e eficiência na gestão pública, consolidando-se como um ponto crucial na afirmação do Estado Democrático de Direito.

Em síntese, a evolução do Direito Administrativo rumo ao paradigma neoconstitucionalista marcou um ponto de inflexão crucial na relação entre Estado e cidadãos. Antes caracterizado pela discricionariedade e pela prevalência dos interesses estatais sobre os direitos individuais, o Direito Administrativo contemporâneo incorporou os princípios constitucionais como balizadores das ações da administração pública. Esse novo enfoque demanda uma abordagem flexível, na qual a aplicação dos princípios de justiça e equidade se sobrepõe à mera subsunção às normas legais, refletindo uma busca por maior juridicidade e respeito aos direitos fundamentais.

Observa-se, portanto, que a constitucionalização do Direito Administrativo e a valorização dos princípios constitucionais trouxeram consigo a necessidade de uma análise valorativa mais complexa por parte dos intérpretes do Direito. A imposição da ordem axiológica constitucional à esfera administrativa evidencia, terminantemente, que a aplicação do direito vai além da ade-

rência aos textos normativos, exigindo uma ponderação entre os valores constitucionais e a legislação infraconstitucional, podendo, em circunstâncias excepcionais, prevalecer a supremacia dos princípios sobre as normas.

Assim, a superação da concepção estritamente legalista da atividade administrativa representa um avanço na construção de uma administração mais justa e democrática. A ênfase nos princípios constitucionais como norteadores das ações da administração pública não apenas fortalece os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também promove uma maior transparência, moralidade e eficiência na gestão pública, consolidando-se como um marco na consolidação do Estado Democrático de Direito.

3 Fundamentos inabaláveis da ordem Jurídica: os princípios regentes das relações da Administração Pública

Neste diapasão, o Estado Democrático de Direito, para que subsista, imperioso se torna que se faça prevalecer a mudança de paradigmas preconizada anteriormente, fazendo-se vicejar a tábua de princípios fundamentais que regem as relações de administração no Brasil, com destaque nos que se seguem (FREITAS, 2009, p. 42):

3.1 Princípio do interesse público e a subordinação das ações administrativas ao princípio da dignidade humana

Prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o “bem de todos”, cf art. 3º da CF) sobre a vontade egoistamente articulada ou facciosa, sem que aquela se confunda com a simples vontade do aparato estatal, tampouco com o desejo da maioria. Marçal Justem Filho* enfatiza que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem com o do governo, tampouco com o interesse do agente. Por isso, assinale-se que o interesse público guarda correlação íntima com a tutela da dignidade de todas as pessoas e de cada uma. O cidadão não é sujeito passivo da Administração, mas um cidadão maior. Portanto, é a dignidade de todos que justifica a primazia legítima e democrática do interesse público sobre os interesses particulares.

Enfim, o princípio constitucional do primado do interesse público representa a diretriz a qual se devem subordinar as condutas e os bens particulares à agenda do interesse geral digno do nome, afinado com o interesse lícito de cada cidadão, na realização da antiga máxima de que ao Estado, que somos to-

dos nós, cumpre promover o bem de todos. Nunca autoriza, em suma, invocar em vão o interesse geral, sob pena de desservir o Estado Democrático, que existe para o bem de todos, não o contrário.

3.2 Princípio da proporcionalidade e a vedação de danos injustos, por excessos e por inoperâncias ou omissão

Vinculante, este princípio determina (não apenas exorta) que a Administração Pública *lato sensu* evite agir com demasia ou de modo insuficiente, inoperante ou omissivo na consecução de seus objetivos primordiais.

“O patológico está em realizar determinado sacrifício iníquo e desarrazoado” (ADI 655-PR. Rel. Min. Gilmar Mendes).

A violação à proporcionalidade ocorre quando, na presença de dois valores legítimos a sopesar, o administrador prioriza um em detrimento ou sacrifício do outro, com obliteração da prudência, no sentido aristotélico.

Esse princípio exige constante ponderação/hierarquização axiológica do administrador público e, por suposto, de quem controla as condutas administrativas.

A conduta estatal deverá ser a mais suave e branda possível, guardando como medida de intensidade as exigências ditas pela proporcionalidade.

Ao regular o exercício dos direitos à liberdade e à propriedade, a Administração só deve lançar mão de medidas mais enérgicas como derradeira *ratio*, visto que ninguém pode ser constrangido a suportar restrições além do grau necessário à satisfação dos interesses superiores da comunidade.

Logo, implica adequação axiológica e finalística, vale dizer, o exercício adequado, necessário e razoável do poder-dever de hierarquizar princípios e regras nas relações de administração, tanto nas ações como nas abstenções.

3.3 Princípio da legalidade temperada

Saliente-se que evoluiu do legalismo primitivo e hipertrofiado para a posição balanceada e substancialista (superado, ao menos em tese, o automatismo imoderado no cumprimento das regras).

Não se deve confundir o texto da lei com a juridicidade normativa, ou seja, o conteúdo jurídico transcende o mera e esparsamente positivado, sem embargo das garantias formais de

generalidade indissociáveis da ideia de lei. Contudo, a submissão à lei apresenta intensidade modulável, havendo, v.g., atividade administrativa não prevista em lei.

Inadmissível a crença de que o intérprete tenha de descobrir servilmente a intenção do legislador ou da lei, sem margem de apreciação justa ou proporcional. Outrossim, é certo que não se devem quebrar as regras legais, abrindo-se exceções injustificáveis.

A legalidade temperada requer a observância cumulativa de princípios em sintonia com a teleologia constitucional, para além do textualismo estrito. Não é servidão nem vassalagem, mas acatamento livre e concomitante à lei e ao Direito.

Quando se cogita de “primazia da lei”, deve-se ressaltar “a vinculação da Administração às leis existentes”, de modo que nem os servidores públicos tampouco os agentes políticos podem tomar decisões ou promulgar normas infralegais que infrinjam as leis em vigor. Os atos administrativos típicos do Poder Executivo, ou seja, os regulamentos, estão subordinados à lei na hierarquia das fontes de Direito. Isso significa que a conformidade à lei é condição indispensável de validade dos regulamentos.

Como dito anteriormente, o paradigma do primado das regras entrou em colapso e, em seu lugar, emergiu o primado dos princípios e dos direitos fundamentais, o qual determina que o controle necessita ter em mente os fins constitucionais a que a regra está subordinada.

Por fim, os atos administrativos (portanto, infralegais), sob pena de fraudarem o sistema constitucional, não podem ser catalogados como autônomos no sentido legislativo do termo, vedado ao administrador inovar como legislador, ao menos em regra.

A propósito, Juarez Freitas (2004, p. 69), *verbis*:

O administrador público, naturalmente, não fará o controle de constitucionalidade, à semelhança do juiz, porém, não tem o direito à apatia conformista perante a inconstitucionalidade flagrante, e deve, nos limites das suas atribuições e por trâmites próprios, resguardar, ao máximo, a Constituição e seus desideratos. (O Controle dos Atos Administrativos).

3.4 Princípio da imparcialidade ou impessoalidade

Deriva do princípio da igualdade e deve ser traduzido como vedação constitucional de toda e qualquer discriminação

antijurídica, negativa ou atentatória contra os direitos fundamentais, e noutra faceta, como obrigação de reduzir as assimetrias iníquas, cf. art. 3º, da CF, conforme Juarez Feitas (2004, p. 70).

Marçal Justem Filho (2024, p. 72) ensina, a propósito:

A impessoalidade é uma faceta da isonomia, abrangendo a vedação a que a Administração adote tratamento diferenciado (mais benéfico ou mais rigoroso) em virtude de atributos pessoais ou sociais, econômicos ou de qualquer natureza de sujeitos envolvidos, que não tenham pertinência com a situação concreta objeto da atuação administrativa.

Para tanto, esta exige, em suma, que no âmbito das relações jurídico-administrativas, a vontade personalista do agente não tenha maior significado jurídico, sem que se olvide o incontornável controle das motivações dos atos administrativos e a eventual responsabilização subjetiva por danos juridicamente injustos, nos casos de culpa ou dolo.

3.5 Princípio da moralidade

Com autonomia jurídica conferida pelo constituinte, determina que estão vedadas condutas eticamente transgressoras do senso moral de honestidade, a ponto de não comportarem condescendência ou leniência. Exige-se atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (Juarez Freitas, 1994, p. 74).

Exige que os atos, contratos e procedimentos na esfera administrativa sejam esquadrihados e controlados à base do dever de a Administração Pública observar, com pronunciada objetividade, os referenciais valorativos da Constituição (Eduardo Garcia de Enterría, in *La Constitución como Norma y el Trínual Constitucional*, Madri, civitas, 1994, p. 97-98).

Enfim, representa poderoso avanço na marcha do controle substancial de racionalidade das relações administrativas.

3.6 Princípio da publicidade ou da máxima transparência

A Administração Pública deve agir de modo a nada ocultar – com raras exceções constitucionais –, tudo deve vir a público, ao menos a longo prazo. O contrário seria a negação da essência do Poder Público em sua feição franca e democrática. Assim,

o exercício do poder administrativo somente se legitima se se justificar em face de seus titulares sociais, mais do que destinatários, com translucidez e aversão à opacidade.

A propósito, dispõe Alexandre de Moraes (2021, p. 399):

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda sociedade, pois como bem salientado pelo Ministro Marco Aurélio (STF -1ª T., HC 102.819, Rel. Marco Aurélio, j. 5-4-2011, DJe de 30-5-2011), “o princípio da publicidade no que deságua na busca da eficiência, ante o acompanhamento pela sociedade. Estando em jogo valores, há de ser observado o coletivo em detrimento, até mesmo, do individual”.

3.7 Princípios da confiança, da segurança das relações administrativas e do “devido processo”

O relevo da confiança legítima, ou da boa-fé recíproca nas relações administrativas, estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade da relação administrativa timbrada pela fidúcia mútua, sem injustificáveis rupturas e sem que se presuma a má-fé.

Portanto, sem a observância do princípio da confiança legítima nos atos da Administração Pública. E Celso Antônio Bandeira de Melo (2016, p. 128) pondera:

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação com o que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.”

Destarte, compreende-se que a Administração em dada matéria não pode, sem prévia e pública notícia, ser modificada em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou mesmo denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Em vinculação íntima, o princípio da segurança jurídica compreende o dever de proteção ao princípio do devido processo legal (*due process*) – isto é, a garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo (CF, art. 5º, LIV) – e se desdobra no respeito à mais ampla defesa na esfera administrativa.

Carlos Roberto de Siqueira Castro (2010, p. 348), ensina:

(...) a garantia do devido processo legal reveste-se de extremo rigor quando esteja em questão a aplicação de penalidades administrativas e fiscais, cuja cominação somente pode dar-se se antecedida de expressa previsão legal e, além disso, mediante processo regular em que seja facultada ao interessado a mais ampla defesa. Nesse contexto a cláusula *due process of law* opera conjuntamente com o princípio constitucional da legalidade, como medida de salvaguarda contra apenações arbitrárias. É, também aí, copiosa a jurisprudência condicionante da imposição de multas e demais penalidades aos administrados. (...)

Nesta linha, colhe-se o acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no AGA 556138-RS, julgado em 18-03-2004, Rel. o Ministro LUIZ FUX, em textual:

Constitucional e Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Ofensa aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*. Ocorrência de Prejuízo. Recurso Provido. I – A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos LIV e LV, consagrou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também, no âmbito administrativo. A interpretação do princípio da ampla defesa visa a propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa. II – A legislação do Estado do Rio de Janeiro relativa a servidores públicos – Decreto-Lei n.º 220/75 e decreto

2.479/79 – prevê expressamente a garantia do acusado de, na fase instrutória do inquérito administrativo, acompanhar o processo, pessoalmente ou por meio de seu procurador, desde o início, para que tenha oportunidade de produzir contraprovas e reinquirir testemunhas. Neste contexto, não havendo a localização do patrono da indiciada fazia-se necessária a sua intimação pessoal para o acompanhamento da oitiva de testemunhas, a fim de que lhe fosse garantida a mais ampla defesa. III – Esta Corte, com base no princípio *pas de nullité sans grief*, possui entendimento no sentido de que a nulidade do processo administrativo somente pode ser declarada quando evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do acusado, o que efetivamente ocorreu no caso em tela, tendo em vista que a conclusão do processo disciplinar e a punição aplicada foram baseadas única e exclusivamente na prova testemunhal colhida, restando configurado, portanto, o prejuízo à defesa da servidora. (...)

Ainda, STJ, MS 8.946-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros:

(...) A Lei n.º 9.784/1999 é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso direito administrativo o devido processo legal (...). V – A velha máxima de que a Administração pode nulificar ou revogar seus próprios atos continua verdadeira (art. 53). Hoje, contudo, o exercício de tais poderes pressupõe devido processo legal administrativo, em que se observam os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público eficiência (Lei n.º 9.784/1999, art. 2º).

Não se permite ao Poder Público, portanto, a prática dos enunciados igualitários puramente formais e jurídicos, a exemplo do tradicional (e de precária eficácia) “todos são iguais perante a lei”, pois a Constituição Federal exige a satisfação efetiva dos anseios igualitários da sociedade contemporânea, en-

dereçando a ele toda sorte de exigências com objetivos isonômicos.

Logo, a garantia do devido processo legal, reforçada pelos demais instrumentos com que a Constituição busca assegurar a legalidade e a moralidade da atuação do Estado e das instituições governativas, encontra nas relações entre Administração e Administrados a sua mais promissora oportunidade de expansão.

Ainda, Carlos Roberto de Siqueira Castro (2010, p. 393):

(...) que a cláusula *due process of law* inclui não só os princípios da "razoabilidade" e da "proporcionalidade, como ainda a exigência de "motivação" dos atos estatais, além de todo e qualquer requisito de legalidade e de justiça que o sentimento constitucional de nosso povo e de nossas instituições, na sua escalada civilizatória e humanista, entenda necessário ao aperfeiçoamento do convívio democrático e à concretização do ideal permanente de justiça.

Destarte, consoante o autor supracitado, o devido processo, tomado na justa conta, afina-se com a preconizada transformação paradigmática, isto é, promove a qualificada mudança de estilo do controle sistemático das escolhas administrativas em lugar da postura automatista e impulsiva (não raro prepotente e arbitrária, por ação ou omissão). Em outras palavras, o "devido processo" é garantia-matriz de suma importância à concretização do direito fundamental à boa administração pública, no sentido de que ninguém poderá ser afetado em seus interesses sem que, antes, devam ser ponderadas as suas razões, no pleno e medular exercício da racionalidade do tipo dialógico.

Assim, destaca-se que a ênfase tem de ser dada à dimensão substancial do princípio do devido processo na tomada das decisões administrativas, exatamente para que se instaurem as condições objetivas de resultados aceitáveis dos atos da Administração Pública, e, em liame manifesto com o princípio da proporcionalidade, necessita sua dimensão substancial ser assimilada por todo o controle sistemático no processo administrativo, com o emprego de instrumentos que não limitem ou restrinjam a eficácia dos direitos fundamentais, de sorte que referido princípio seja traduzido como garantia do processo administrativo justo.

3.8 Princípio da motivação

A motivação impõe o dever de explicitação dos fundamentos de fato e de direito de todas as decisões administrativas que repercutam na esfera dos direitos individuais e coletivos. Em outras palavras, toda discricionariedade precisa estar vinculada aos motivos que, obrigatoriamente, haverão de ser expostos, de maneira consistente e elucidativa, sempre que afetados direitos subjetivos (Juarez Freitas, 2004, p. 90).

Superado o período autocrático e unilateralista, este princípio, lastreado no art. 93, da CF, veda qualquer decisão desmotivada, sob pena de nulidade, isto é, haverão de ter como suporte razões objetivas e congruentes. Em outras palavras, indispensável motivar consistente e congruentemente, isto é, oferecer os fundamentos jurídicos e fáticos para os atos administrativos, correspondentemente sindicáveis e controláveis (José Carlos Vieira de Andrade, 1992, p. 87).

Logo, a motivação haverá de funcionar como escudo à disposição da cidadania contra arbitrariedades e desvios invertebrados. E, sem explicitação dos motivos, é quase impossível o controle da discricionariedade e do desvio de poder. A forma mais segura para desvendar a ocorrência de desvio de poder é pelo exame dos motivos alegados para a prática do ato (Adilson Dallarei, 2006, p. 1-20).

Os atos administrativos somente se legitimam juridicamente afinados com as diretrizes eminentes do Direito Administrativo, em especial as agasalhadas nos arts. 3º, 37, 70, 170, IV e 225, da CF.

3.9 Princípio da sindicabilidade ampla (controle interno, externo, social e jurisdicional)

No que tange ao controle sistemático dos atos administrativos, existem quatro grandes espécies de controle: o interno, o externo, o social e o jurisdicional, de molde a se evitar a armadilha do funcionamento estanque.

O controle interno (CF, art. 74) realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, com a finalidade de verificar o cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual, a execução dos programas de governo e os orçamentos, além de avaliar os resultados, inclusive quanto à eficácia e à eficiência. É justamente no bojo da autotutela que se reconhece à Administração Pública o dever de anular atos eivados de vício, respeitados os direitos adquiri-

dos e ressalvada, em todos os casos, a sindicabilidade judicial (Súmula 473, do STF e art. 43, da Lei 9.784/1999).

O controle externo é realizado, de acordo com o artigo 49, X, da CF, pelo Poder Legislativo, exercido com o “auxílio” independente dos Tribunais de Contas (CF, art. 71), quanto à legitimidade, economicidade, além dos demais princípios constitucionais que regem as relações administrativas.

O controle social, consagrador do princípio da participação da sociedade em rede (V. Manuel Castells, in *A sociedade em rede*, v. 1, São Paulo, Paz e Terra, 1999), dimana do pressuposto democrático direto, ao lado do representativo, em sinergia com os controles institucionalizados e deve ser valorizado. Todo cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas (CF, art. 74, § 2º), ou ao Ministério Público.

O controle judicial, com a participação do Ministério Público, mostra-se crucial, conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni (in “O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”, *Revista Gênese de Direito Processual Civil* 28/342-381), eis que não deve haver insistência no papel secundário outrora atribuído ao controle jurisdicional das políticas públicas: “o controle do demérito ou dos vícios (omissivos ou comissivos) será sempre admissível e obrigatório, sem acarretar, à conta disso, o fenômeno da excessiva ‘judicialização da política’.

Em face disso, preconiza-se o reconhecimento da ampla e aprofundada sindicabilidade nas quatro vertentes de controle sistemático dos atos administrativo: o controle judicial (art. 5º, XXXV, da CF), o controle externo, o controle interno e o controle social”.

3.10 Princípio da unicidade da jurisdição

Eriçado à condição de cláusula pétrea (art. 5º, XXXV, da CF), é garantia de intangíveis direitos individuais e coletivos e, no tocante às relações administrativas, apresenta desdobramentos importantes, entre os quais, o não cerceamento do acesso à esfera judicial em caso de lesão ou ameaça de lesão a direitos, a correlata desnecessidade de exaurimento das vias administrativas e a vedação de coisa julgada na esfera administrativa.

Nesse sentido:

A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz,

entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes (RE 172.084, rel. Min. Marco Aurélio).

Logo, a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, desempenhando o juiz o papel de “administrador negativo”, ou seja, o papel de afastar ou excluir do ordenamento o ato administrativo viciado. Entre nós, a palavra última em sede de controle dos atos administrativos tem de ser aquela prolatada na esfera judicial, somente nela se produzindo a coisa julgada em sentido estrito, isto é, a decisão da qual não cabe mais recurso.

3.11 Princípios da eficiência e economicidade

Determina o princípio da eficiência que a Administração Pública cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes, ao passo que a economicidade determina a otimização da intervenção pública, no sentido de fazer o mais com o menor custo (direto e indireto), vedado qualquer desperdício.

Com base nesses princípios, não cabe aos demais órgãos, sobretudo ao Judiciário, o controle dos juízos de conveniência, mas o controle das motivações obrigatórias.

Em suma, ambos os princípios vedam, terminantemente, todo e qualquer desperdício, assim como rejeitam as técnicas inapropriadas e, sobretudo, o descumprimento das prioridades constitucionais.

3.12 Princípio da legitimidade

Esculpindo no art. 70 da CF, determina este princípio, em matéria de controle sistemático da governança pública, o dever de cuidar, sem tergiversação, da perspectiva substancial, não descurando dos aspectos de fundo – impondo ultrapassar as aparências de regularidade formal e, ao mesmo tempo, os excessos de formalismo.

O princípio da legitimidade dá amparo, v.g., na esfera do recurso administrativo, à veiculação de razões de mérito, para além da legalidade, como expressa dispositivo da Lei de Processo Administrativo. O que se almeja, no dizer de J. Freitas (2009, p. 114), é vedar o escudo do exacerbado formalismo, graças ao qual foram e têm sido cometidas inúmeras violações ao longo da história. “O Direito Administrativo demanda autoridade le-

gítima no conhecimento e no reconhecimento”, à semelhança do preconizado por Hans-Georg Gadamer (1997, p. 371).

3.13 Princípio da responsabilidade da Administração Pública e dos entes prestadores de serviços públicos

Com abrigo no artigo 37, § 6º, da CF, consagra a responsabilidade extracontratual objetiva da Administração Pública e dos entes prestadores de serviço público, sendo, portanto, incontornável o dever de reparar os prejuízos anômalos, determináveis e especiais, acolhendo-se a teoria do risco não integral. A vítima, em razão de sua presumida vulnerabilidade, não possui obrigação de provar a culpa ou dolo da Administração Pública, ou das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, conquanto nada impedindo que se exclua, no curso do processo, a formação do nexu causal direto ou imediato entre a atuação (omissiva ou comissiva) do agente público e o dano.

Daí que, uma vez configurada a antijuridicidade (ação ou omissão anômala e desproporcional), haverá nexu causal e dever de indenizar: não há motivo para perquirir sobre culpa ou dolo do agente, mas somente a respeito da antijuridicidade.

3.14 Princípios da prevenção e da precaução

À Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes, tendo certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, encontra-se na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Possui, assim, o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência nem oportunidade, nos moldes das concepções ultrapassadas da discricionariedade administrativa.

O ponto relevante é que não se admite a inércia administrativa nem regulatória perante o dano previsível, e sua não observância configura omissão antijurídica, tendo o condão de gerar dano injusto e, portanto, indenizável.

3.15 Princípio da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável

Culminando a tábua de princípios fundamentais anteriormente expostos, incorpora-se o presente princípio, que determina ao Estado e à sociedade o dever de promover o bem-estar das gerações presentes, sem impedir a produção do bem-estar

das gerações futuras. Descende do imperativo constitucional de endereçar todas as condutas administrativas, sem exceção, para o desenvolvimento sustentável, único capaz de promover, em bloco, os direitos fundamentais.

O Estado-Administração deve materializar as prioridades constitucionalizadas, no desiderato de exercer a função indutora de práticas salutares de produção e consumo, a par da função isonômica, que veda discriminação negativa. Mais do que verde, quer-se o robusto incentivo a comportamentos favoráveis ao ambiente limpo e ao consumo sustentável, com equidade inclusiva das várias gerações (FREITAS, 2012, cap. 1).

Conclusão

O presente trabalho buscou abordar a transformação paradigmática do Direito Administrativo, impulsionada pelo advento do neoconstitucionalismo, sendo esta não apenas a representação de uma mudança de método ou abordagem, mas também um movimento profundo em direção a uma maior humanização das relações entre o Estado e seus cidadãos. Sob o positivismo exegético, suscita-se que a legalidade estrita regia as ações administrativas, negligenciando princípios éticos e os direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, o neoconstitucionalismo traz consigo uma nova ordem, na qual a Constituição não é apenas um documento político, mas sim a fonte normativa suprema, dotada de eficácia irradiante sobre todo o ordenamento jurídico.

Por meio de abordagens integradas e multidisciplinares, elenca-se que citada transformação transcendeu os domínios teóricos para permear as esferas práticas das interações jurídicas diárias, compelindo uma reestruturação paradigmática por parte dos agentes do Direito, uma vez que a constitucionalização do Direito Administrativo engendra uma abordagem mais flexível e perspicaz das nuances peculiares de cada situação, conferindo primazia à aplicação dos alicerces constitucionais, tais como o interesse público e a proporcionalidade. Assim, o intérprete do Direito, nesse novo cenário, não é mais um mero aplicador de leis, mas sim um agente criativo, responsável por harmonizar as normas infraconstitucionais com os valores e as garantias constitucionais.

Os princípios fundamentais que regem as relações da Administração Pública são a pedra angular dessa nova ordem jurídica. O princípio do interesse público, aliado à subordinação das ações administrativas e à dignidade humana, estabelece uma nova métrica para a atuação estatal, priorizando o bem comum sobre

os interesses particulares. A proporcionalidade, por sua vez, impõe à Administração Pública a busca por soluções justas e equilibradas, evitando excessos ou omissões injustificadas. E o princípio da legalidade temperada, finalmente, reconcilia a obediência à lei com a observância dos princípios constitucionais, garantindo uma aplicação justa e adequada do Direito.

Em suma, através do estudo aqui desenvolvido, importa destacar o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito Administrativo enquanto um marco na história do Direito, sendo um fomentador de uma eficácia ampliada dos direitos fundamentais, de uma equidade aprimorada nas interações entre o Estado e os cidadãos, bem como uma maior validação das instituições democráticas. Outrossim, essa mudança de paradigmas não é apenas uma evolução técnica, mas sim uma revolução ética, que coloca a dignidade humana e o interesse público no centro do sistema jurídico.

Referências

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2023.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. In **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Penas Máxima no Processo Administrativo Disciplinar: Uma visão neoconstitucionalista do Poder Vinculado da Administração Pública**. 1. ed. Editor Forum, 2017.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

DALLAREI, Adilson. In "Controle do Desvio de Poder", in **Abuso de Poder do Estado na atualidade**, Mauro Roberto Gomes de Mattos e Liana Maria Taborda Lima (coords.), Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FEIGUEIREDO, Lúcia Vale (Coord.). **Ato Administrativo e Devido Processo Legal**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, Cap. 1.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**. Vol. I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed, 2024.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros. 33. ed., 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, LOCAL: EDITORA. 38. ed., 2021.

_____. **Direito Constitucional**. Barueri: Atlas, 2022.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZENDE, Guilherme Fabiano Julien de. **Contencioso Administrativo e O processo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RICOEUR, Paul. **O Justo ou a Essência da Justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROSAS, Roberto. **Devido processo Legal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Método**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WETZEL DE MATTOS, Sérgio Luís. **Devido Processo Legal e Proteção de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

YOSHICAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Origem e Evolução do Devido Processo Legal Substantivo**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2007.

A importância das medidas executivas atípicas na execução fiscal e na execução comum

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

Fernando Elias Pinto

Pós-Graduado em Direito Público pela

FADIPA/ANAMAGES

Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC/Minas

Pós-Graduado em Advocacia Criminal pela Escola

Superior de Advocacia/OABMG

Procurador-Geral Adjunto da Câmara

Municipal de Guanhães/MG.

RESUMO

Em que pese a previsão contida no inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, acerca da possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas, há grande resistência por parte da doutrina e dos julgadores pátrios. Infelizmente, na maior parte dos provimentos jurisdicionais, é reproduzido que a aplicação das medidas executivas atípicas afronta os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da menor onerosidade para o devedor, sem demonstrar que a adoção das medidas retromencionadas efetivamente é ineficaz, demasiadamente onerosa e atentatória à dignidade do devedor. Não há dúvida de que o posicionamento majoritário até então adotado merece urgentemente ser revisto, até porque as medidas executivas atípicas pressionam o devedor psicologicamente a adimplir a obrigação junto ao credor, culminando na efetividade da execução. Lado outro, no processo executivo não merece ser resguardada apenas a dignidade do devedor, conforme rotineiramente ocorre, devendo também assegurar a dignidade do exequente, tendo em

vista que este pode necessitar do crédito exequendo para seu sustento ou de seus familiares. A aplicação das medidas atípicas no âmbito da execução fiscal também é de grande valia, pois é um instrumento eficiente para compelir o devedor a saldar o débito tributário, que será revertido em prol da coletividade. Há interesse de toda a sociedade, até porque o valor arrecadado para os cofres públicos, através das execuções fiscais, possibilita a eficácia de implementação de políticas públicas. Assim, não deve o Poder Judiciário negar a aplicação das medidas executivas atípicas e, com isso, retirar do exequente os mecanismos legais para pressionar o executado sobre o adimplemento do crédito objeto da execução.

Palavras-chave: Medidas atípicas. Efetividade da execução. Legalidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

Despite the provision contained in item IV of article 139 of the CPC of 2015, about the possibility of applying atypical executive measures, there is great resistance on the part of the doctrine and the national judges. Unfortunately in most jurisdictional provisions it is reproduced that the application of atypical executive measures affronts the principles of reasonableness, proportionality, human dignity and less burden for the debtor, without demonstrating that the adoption of the aforementioned measures is effectively ineffective, too costly and offensive to the debtor's dignity. There is no doubt that the majority position adopted so far deserves to be urgently reviewed, not least because the atypical executive measures psychologically pressure the debtor to fulfill the obligation to the creditor, culminating in the effectiveness of the execution. Otherwise, in the enforcement process, not only the debtor's dignity deserves to be protected, as it routinely occurs, but it must also ensure the creditor's dignity, given that he may need credit for his support or that of his family members. The application of atypical measures in the scope of tax execution is also of great value, as it is an efficient instrument to compel the debtor to settle the tax debt, which will be reversed in favor of the community. There is interest from the whole society because the amount collected for the public coffers through tax executions make possible the effectiveness of the implementation of public policies. Thus, the Judiciary should not deny the

application of atypical executive measures and, with that, remove from the creditor the legal mechanisms to pressure the debtor to pay the credit object of the execution.

Keywords: atypical measures. Effectiveness of execution. Legality. Proportionality.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo abordar sobre a importância das medidas atípicas no ordenamento jurídico vigente, com previsão no inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, *in verbis*: “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Em que pese a previsão legal, a adoção de medidas executivas atípicas no curso da execução tem tido resistência pelo Poder Judiciário, apesar de não existir proibição no ordenamento jurídico. Pelo contrário, tais medidas podem ser utilizadas em qualquer tipo de execução.

São inúmeros processos em que o exequente tem em mãos o título executivo, mas dificilmente receberá a quantia pleiteada, pois o executado utiliza de vários artifícios para ocultar seu patrimônio, como, por exemplo, a utilização do nome de terceiros para colocar seu patrimônio e continuar a viver na normalidade ou até mesmo ter uma vida luxuosa, restando para o exequente o mero título executivo e o prejuízo.

Diante da recalcitrância do devedor, é salutar que o julgador aplique as medidas atípicas, consistente na utilização do Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias – SIMBA, o qual tem como objetivo a análise do fluxo de ativos financeiros dos devedores inadimplentes, de forma a rastrear a origem e o destino desses ativos; Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos (SNIPER), desenvolvido no Programa Justiça 4.0, identifica em segundos os vínculos patrimoniais, societários e financeiros entre pessoas físicas e jurídicas; sistema da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) para obtenção de eventuais procurações e/ou escrituras públicas de qualquer natureza em nome dos executados, bem como a suspensão e apreensão da CNH, do passaporte e dos cartões de crédito do executado, entre outras medidas hábeis a compelir o devedor a adimplir a obrigação, conforme será melhor abordado ao longo deste estudo.

Vale registrar que a aplicação das medidas coercitivas atípicas no curso do processo executivo somente tem cabimento quando restar comprovado que os meios ordinários restaram infrutíferos, visto que os mecanismos de execução indireta previstos na legislação processual têm caráter subsidiário em relação aos meios típicos.

Nos autos do Agravo de Instrumento nº 2017511-84.2017.8.26.0000, de Relatoria do Desembargador Adilson de Araújo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que as medidas atípicas detêm caráter subsidiário, isto é, devem ser utilizadas após o exaurimento de todas as medidas executivas típicas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, as medidas coercitivas atípicas não podem ser utilizadas indiscriminadamente, mas tão somente quando os meios processuais tradicionais não forem suficientes para conferir efetividade à execução.

No julgamento do REsp nº 1.864.190, a 3ª Turma do STJ também se posicionou favorável à aplicação dos meios coercitivos atípicos na execução, entretanto, de modo subsidiário. Assim, o juízo deve observar se todas as medidas processuais ordinárias já foram esgotadas em busca da satisfação do crédito, para autorizar a adoção das medidas atípicas, visto que estas têm caráter subsidiário.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

1 A observância do contraditório na aplicação das medidas executivas atípicas

Com a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser exigido que todo ato estatal se dê em harmonia com os princípios republicanos. Na atual conjuntura jurídica, exige-se a garantia do Processo Constitucional, especialmente o princípio do devido processo legal e seus corolários, o contraditório e a ampla defesa, para que o provimento jurisdicional seja considerado válido.

José Alfredo de Oliveira Baracho (1984, p. 347) ensina que a exigência do Processo Constitucional surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional. É preciso que o remédio possa ser concebido e delineado em um enquadramento instrumental que o aceite como princípio geral.

Destarte, em toda e qualquer ação judicial, o julgador deve enfrentar os argumentos deduzidos pelos participantes da relação processual, devendo levá-los em consideração na tomada da decisão.

A propósito, leciona Fredie Didier Jr. (2008, p. 45), para quem, a par da face formal do direito ao contraditório, consistente na garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo, também vige a face substancial, relacionada à amplitude de defesa:

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 idéias, 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. (Grifos).

Quanto à necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa, corrobora o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 464/465):

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica. (...) a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art.5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: *direito de informação* (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas.

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também de o considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas. (Grifos).

Na atual conjuntura do devido processo constitucional, “o princípio do contraditório passou a ter dupla dimensão: a primeira, formal, exige a possibilidade de participação no processo; a segunda exige a real possibilidade de o interessado influenciar com seus argumentos na construção da futura decisão”, no âmbito judicial ou administrativo, ou seja, é o direito das partes efetivamente participarem da construção do provimento jurisdicional.

A necessidade de enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes para a fundamentação das decisões judiciais decorre do caráter democrático da jurisdição, conforme ensinamentos de Alzemeris Martins Ribeiro de Brito e Rodrigo Otávio Barioni (2016. p. 208), aduzindo que,

Como visto, a imposição constitucional de fundamentação das decisões judiciais, que obriga os magistrados a expor suas razões de decidir, positivada no art. 93, inciso IX da Carta Magna, onde se lê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”, trata-se de norma garantidora do caráter democrático da jurisdição, vez que apenas através da ciência dos motivos decisórios é possível estabelecer, claramente, o controle da atividade dos juízes, por via recursal.

O professor Juárez Freitas (2010, p.388-389) aduz, ainda, que, em um Estado Democrático de Direito, deve ser assegurado ao

cidadão o direito fundamental ao contraditório, direito fundamental à administração pública imparcial e proba, bem como o direito fundamental à administração pública eficiente, podendo tais garantias ser retiradas do artigo 37 da Constituição da República de 1988.

Dessa forma, em toda fase processual deve ser observada a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, inclusive no momento da aplicação das medidas coercitivas atípicas no processo de execução. Com isso, após o requerimento pelo exequente para a aplicação das medidas atípicas, objetivando compelir o devedor a satisfazer a dívida, deve o julgador intimar o devedor para manifestar sobre o pleito do exequente, para, posteriormente, com ou sem a manifestação, proferir a decisão pela aplicação ou não das medidas pleiteadas, homenageando-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Vale destacar que o julgador deve apresentar fundamentação concisa e objetiva acerca da aplicação ou não das medidas executivas atípicas, em razão da imposição contida no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República de 1988 e no artigo 489 do CPC de 2015, vez que a motivação do provimento jurisdicional é condição indispensável para sua validade.

2 A importância das medidas atípicas na execução à luz do CPC de 2015

Apesar da previsão contida no inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, de que o juiz pode adotar medidas coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive na execução ou no cumprimento de sentença, tal medida ainda é utilizada com pouca frequência.

Não há dúvida de que deve o juiz, na função de dirigir o processo, deve determinar as medidas necessárias à efetivação da tutela jurisdicional, inclusive no âmbito das ações de execução para pagamento de quantia certa, isto é, a utilização de medidas atípicas para forçar o adimplemento da obrigação. Para isso, o exequente deve comprovar que os meios processuais típicos foram ineficazes para compelir o devedor a adimplir o crédito, conforme tem decidido o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Ementa: Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença em ação civil pública. Juntada de documentos. Desnecessidade. Condenação decorrente de ato de improbidade administrativa. Indicação de bens penhoráveis. Inexistência. Medidas restritivas atípicas impostas. Art. 139, IV, do CPC de 2015. Imposição mantida. Recurso não provido.

1. O cumprimento de sentença é mera fase do processo de conhecimento, sendo desnecessária a juntada de documentos com o requerimento respectivo.

2. O condenado por ato de improbidade administrativa em sentença transitada em julgado deve indicar quais são e onde se localizam os bens passíveis de penhora.

3. *Não sendo encontrados bens nem feita a indicação, revela-se correta a imposição de medidas atípicas consistentes em suspensão de carteira nacional de habilitação, passaporte e cartões de crédito, como autorizado pelo art. 139, IV, do CPC de 2015.*

4. Agravo de instrumento conhecido e não provido, rejeitada uma preliminar. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.590953-4/001, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, julgamento em 17/08/2021, publicação da súmula em 18/08/2021). (Grifos).

Do mesmo modo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

Processual Civil. Agravo Interno no Recurso Especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Execução. Medidas coercitivas previstas no art. 139, IV, do NCPC. Cabimento. Decisão mantida. Agravo não provido.

1. O presente agravo interno foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A questão concernente a saber se é possível a adoção de medidas coercitivas atípicas, a exemplo do bloqueio de cartões de crédito, da apreensão do passaporte e da Carteira Nacional de Habilitação, é unicamente de direito e configura hipótese de violação direta dos dispositivos legais que disciplinam o instituto (arts. 8º e 139, IV, ambos do NCPC), razão pela qual é cabível o recurso especial.

3. A presente execução já ultrapassou 28 anos, prazo este que ofende sobremaneira o princípio da celeridade processual, garantido constitucionalmente.

4. O Tribunal paulista afastou a aplicação das medidas coercitivas sem, contudo, analisar as especificidades da causa.

5. Esta Corte já teve a oportunidade de apontar, objetivamente, alguns requisitos para se adotar as medidas executivas atípicas, tais como: *i) existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir com a obrigação a ele imposta; ii) decisão devidamente fundamentada com base nas especificidades constatadas; iii) a medida atípica deve ser utilizada de forma subsidiária, dada a menção de que foram promovidas diligências à exaustão para a satisfação do crédito; e iv) observância do contraditório e o postulado da proporcionalidade* (REsp. 1.894.170/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020).

6. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo interno não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido.

7. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp. 1.799.638 - SP, Terceira Turma, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, j. em 29.03.2021, in DJe de 06.04.2021). (Grifos).

Também no Supremo Tribunal Federal, conforme julgado no RE 1291832/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, há entendimento da possibilidade de aplicação das medidas atípicas do art. 139, IV, do Código de Processo Civil. No entanto, fez-se ressalva no que tange à suspensão do passaporte, conforme ementa e excertos abaixo transcritos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. *MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS. NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS. INCISO IV DO ART. 139 DO CPC. SUSPENSÃO DE CNH. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE PASSAPORTE. IMPOSSIBILIDADE. PENHORA SOBRE VERBA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. INCISO IV DO ART. 833 DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO ENQUADRAMENTO NA EXCEÇÃO DO § 2º DO REFERIDO ARTIGO. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA.*

1 – Adotadas as medidas executivas típicas e tendo tais providências se revelado infrutíferas, mostra-se possível a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, como determinação tendente a compelir a parte Devedora a pagar, por aplicação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, dispositivo que confere ao Magistrado o poder de, na direção do processo, ‘determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária’. Precedentes da Quinta Turma Cível e do Superior Tribunal de Justiça. 2 – *A adoção da medida de suspensão da CNH não é capaz de ofender o direito constitucional de ir e vir previsto no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal, pois a locomoção do Devedor pode se dar por todos os meios que não a direção pessoal de veículo automotor.*

3 – A suspensão da carteira de motorista da parte Devedora deve perdurar tão somente enquanto for possível a cobrança judicial, devendo ser suplantada caso ocorra qualquer dos fenômenos que ensejam a extinção do Feito.

4 – *No que se refere à determinação de suspensão do Passaporte da parte Devedora, prevalece o entendimento segundo o qual tal medida configuraria desarrazoada restrição ao direito de ir e vir. Assim, sendo documento necessário e imprescindível à manutenção do direito de ir e vir do território nacional, o Passaporte não deve ser suspenso ou retido como medida de coerção para o adimplemento do débito.*

5 – O caráter alimentar dos vencimentos, dos subsídios, dos soldos, dos salários, das remunerações, dos

proventos de aposentadoria, das pensões, dos pecúlios e dos montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º do art. 833 do CPC, restringe a possibilidade de sua penhora, ante a manifesta vedação legal à constrição de tais verbas estampada no inciso IV do artigo 833 do Código de Processo Civil. Reforça o caráter impenhorável das verbas de natureza salarial o julgamento realizado pelo STJ no bojo do Recurso Especial nº 1.184.765/PA (Tema nº 425), submetido à sistemática dos repetitivos. 6 – No que se refere às exceções à regra previstas em Lei (art. 833, §§ 1º e 2º, do CPC), a prestação alimentícia a que faz referência o Código de Processo Civil decorre de decisão judicial que imponha o pagamento de prestação alimentícia, de natureza indenizatória decorrente de responsabilidade civil (art. 948 e seguintes do Código Civil) ou proveniente do Direito de Família (art. 1.694 e seguintes do Código Civil). Agravo de Instrumento parcialmente provido” (págs. 6-7 do documento eletrônico 2). (Grifos)

Acerca da aplicação das medidas executivas atípicas, vale transcrever os ensinamentos do professor Daniel Assumpção de Amorim (2017, p. 20):

Nesse sentido, é importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, o que, obviamente, seria um atentado civilizatório. São apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. Mostra-se óbvio que, como em qualquer forma de execução indireta, não são as medidas executivas que geram a satisfação do direito, mas sim a vontade, ainda que não espontânea, do executado em cumprir a sua obrigação.

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Olavo de Oliveira Neto (2019, p. 119), para quem há possibilidade de apreensão de passaporte e da carteira de habilitação como medida exe-

cutiva coercitiva, objetivando compelir o devedor a satisfazer a obrigação. Vejamos:

A medida coercitiva de apreensão do passaporte não atinge ao direito fundamental de liberdade de seu destinatário, mas apenas opera uma limitação quanto a sua livre circulação e mesmo assim em casos especialíssimos. Diante da ausência de regra infraconstitucional proibitiva da sua concessão, não há óbice para que o juiz a decrete com fulcro no Poder Geral de Coerção que lhe confere o art. 139, IV, do CPC. Mesmo para os que entendem que limitar a livre circulação implica em limitar a liberdade, não há como vedar ao magistrado a possibilidade de concedê-la com fulcro no Poder Geral de Coerção, uma vez que se trata de medida coercitiva cuja aplicação se limita a casos excepcionais, nos quais a conduta improba do seu destinatário faz com que o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional prevaleça sobre o direito fundamental à liberdade (...). Apreensão de carteira de habilitação é medida altamente recomendável porque exerce uma eficácia coercitiva naturalmente “seletiva”, já que deixa de produzir efeitos concretos com relação ao devedor desafortunado e que não age de má-fé, mas alcança com força o devedor que age de má-fé e àqueles que deixam de cumprir uma determinação judicial.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC também já constou, em seu Enunciado nº 12, a previsão da aplicação das medidas executivas atípicas, conforme colacionamos:

12. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)¹

¹ <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> > acessado em 26 de setembro de 2022.

Entretanto, os Tribunais Pátrios e parte da doutrina ainda têm muita resistência em adotar as medidas executivas atípicas, como a suspensão e apreensão da Carteira Nacional de Habilitação, do passaporte e de cartões de crédito, para forçar o devedor a adimplir a obrigação, conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.044960-7/001, argumentando que a utilização de medidas coercitivas deve observar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da menor onerosidade ao devedor, vindo a afastar a aplicação das medidas, na suspensão e apreensão da CNH, do passaporte e dos cartões de crédito do executado.²

Muitas vezes, o exequente postula em juízo a aplicação de alguma medida executiva atípica para forçar o executado a adimplir a obrigação, mas seu pleito é indeferido de plano pelo magistrado, sem sequer ouvir o executado, ao argumento de que a medida atípica é gravosa, mas, enquanto isso, o exequente fica privado do direito de receber a quantia devida.

É verdade que na aplicação das medidas atípicas para compelir o devedor a adimplir a obrigação, deve o magistrado observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo a execução levar o executado a uma situação incompatível com o postulado da dignidade humana. Por outro lado, também devem ser resguardados os direitos do exequente em receber seus créditos, pois o comportamento protelatório do executado, além de ser um atentado à ordem jurídica, também afeta a dignidade do exequente.

É de se registrar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 946/2022, de autoria do Deputado Geninho Zuliani (União-SP), que busca regulamentar a matéria, acrescentando um parágrafo segundo ao art. 139, do CPC, consignando em sua redação que a medida coercitiva atípica somente é cabível se verificada a existência de indícios de ocultação do patrimônio expropriável do devedor, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial prévio e dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e necessidade.³

² TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.22.044960-7/001, Relator: Des. Vicente de Oliveira Silva, 20ª Câmara Cível, julgamento em 14/09/2022, publicação da súmula em 15/09/2022.

³ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node017yk4fobhahdikyi0yfetlkyb2930551.node0?codteor=2158954&filename=PL+946/2022.

Sendo assim, é salutar que o Judiciário não profira uma decisão genérica, simplesmente reproduzindo os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da menor onerosidade ao devedor, sem demonstrar que a aplicação da medida atípica realmente será desproporcional ou demasiadamente onerosa, até porque o artigo 489, § 1º, do CPC de 2015 estabelece que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.

Ora, após frustradas as medidas típicas para satisfação da dívida, o juiz somente pode afastar a aplicação das medidas atípicas (suspensão e apreensão da CNH, do passaporte e dos cartões de crédito do executado) se ficar categoricamente comprovado nos autos que a adoção das medidas será ineficaz, desproporcional ou demasiadamente onerosa para o devedor. Outrossim, não pode o magistrado indeferir de plano a aplicação das medidas atípicas sem ouvir o devedor, pois se assim agir, o julgador está presumindo de que a medida é irrazoável, desproporcional ou ineficaz.

No âmbito da Justiça do Trabalho, há mais posicionamentos progressistas acerca da aplicação das medidas atípicas no processo de execução, devendo o exequente apenas comprovar que as medidas típicas foram infrutíferas para a satisfação do crédito trabalhista. Vejamos:

Ementa: Medidas coercitivas atípicas. Aplicabilidade no processo do trabalho diante da frustração de todas as medidas típicas. Art. 139, IV do CPC.

Tendo em vista que se mostraram infrutíferas as medidas típicas possíveis para a satisfação integral do crédito, nada obsta que sejam determinadas medidas atípicas, consoante determina o art. 139, IV do CPC, com o escopo de compelir o devedor, de forma indireta, ao cumprimento do título executório. Processo 0000216-04.2019.5.05.0010, Origem PJE, Relator(a) Desembargador(a) Valtercio Ronaldo de Oliveira, Quinta Turma, DJ 23/08/2022 - TRT5. (Grifos).

Ementa: Execução. Medidas Atípicas. Art. 139, IV do CPC/15. Suspensão de CNH e Apreensão de Passaporte. O inciso IV do art. 139 previu o que se denominou "medidas atípicas" de cumprimento de ordens judiciais, sendo necessário fixar a

premissa de que devem ser aplicadas em caráter subsidiário, vale dizer, somente após esgotados os meios típicos de execução, cogitar-se-ia a sua aplicação, observados, por óbvio, os princípios do devido processo legal, do contraditório, da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando a natureza da dívida, por exemplo, e os direitos do executado, sobretudo tendo em mira o princípio consagrado da execução menos gravosa para o devedor. *Neste cenário, considerando que a execução perdura por mais de vinte anos e, ainda, que já foram adotadas todas as medidas típicas possíveis para a satisfação integral do crédito, remanescendo, ainda, quantia a ser paga à exequente, nada obsta sejam determinadas medidas atípicas com o intuito de impor certas restrições à devedora para compeli-la, de forma indireta, ao cumprimento da decisão, sendo certo que a suspensão da CNH e apreensão do passaporte dos devedores não importa violação à liberdade de ir vir, pois não está a se impedir a sua locomoção em todo o território nacional.* Processo 0000001-54.2021.5.05.0011, Origem PJE, Relator: Juiz Convocado Sebastiao Martins Lopes, Quarta Turma, DJ 15/06/2022 - TRT5. (Grifos).

Execução - Medidas Coercitivas Atípicas. Artigo 139, IV, do CPC. Cabimento.

1. A teor da jurisprudência colacionada, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não implica restrição do direito constitucional de ir e vir. O bloqueio dos cartões de crédito dificulta o acesso ao crédito e, desse modo, tem o mesmo objetivo do protesto da decisão judicial e inclusão do nome dos executados no órgão de proteção ao crédito (SERASAJUD) e no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) que são amplamente adotadas na execução trabalhista.

2. *Adotando-se esse entendimento e considerando as várias tentativas frustradas de execução do débito trabalhista, concluo pela possibilidade de adoção das medidas coercitivas atípicas requeridas pelos exequentes, por força do artigo 139, IV, do CPC.* 3. *Agravo de petição dos exequentes conhecido e provido.*

(TRT da 3.^a Região; PJe: 0000944-61.2010.5.03.0157 (AP); Disponibilização: 20/08/2021, DEJT/

TRT3/Cad.Jud, Página 964; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Paula Oliveira Cantelli). (Grifos).

O posicionamento adotado pela Justiça do Trabalho, em várias oportunidades, acerca da adoção das medidas executivas atípicas no processo trabalhista é digno de aplausos, tendo em vista que, quando as medidas típicas se mostrarem ineficazes para o adimplemento do crédito exequendo, deve o magistrado aplicar as medidas executivas atípicas para conferir maior efetividade à sua decisão, lembrando que tais medidas pressionam o devedor psicologicamente a adimplir a obrigação.

2.1 A aplicação das medidas coercitivas atípicas no âmbito da execução fiscal e nos cumprimentos de sentença movidos pela Fazenda Pública

As medidas executivas atípicas também têm espaço no âmbito da execução fiscal, consistindo em importante instrumento processual para compelir o devedor a adimplir o débito tributário. Outrossim, na execução fiscal está em jogo o direito de um contribuinte *versus* o interesse da coletividade em receber o tributo, que será revertido para a manutenção de serviços essenciais, efetivação das políticas públicas. Assim, entendemos que no âmbito da execução fiscal o interesse da coletividade deve sobrepor aos interesses individuais do executado, tendo este o dever de demonstrar concretamente que a medida fere os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da menor onerosidade ao devedor.

De mais a mais, não há no ordenamento jurídico nenhum princípio com caráter absoluto. Com isso, o hermeneuta deve fazer o sopesamento na aplicação quando houver conflito entre princípios jurídicos, devendo sobressair o princípio que melhor dano trazer ao caso concreto. Não é que o direito do devedor deixou de ser tutelado pelo direito brasileiro, apenas não pode sobrepor aos interesses da coletividade. Dessa forma, na execução fiscal deve o juízo sempre aplicar as medidas processuais que maior efetividade trazer à execução, inclusive as medidas executivas atípicas, pois a efetividade da execução fiscal consiste em um direito da coletividade.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se posicionou favorável à aplicação de medida executiva atípica, consistente na apreensão de passaporte do devedor de débito tributário para forçá-lo a adimplir a obrigação. Eis a ementa do julgado:

Execução fiscal. IPTU e taxa do lixo. Deferimento parcial das medidas coercitivas de pagamento requeridas pelo Município-exequente. Tentativas infrutíferas de penhora de ativos financeiros, veículos e direitos e longo tempo que se arrasta a execução. A juíza deferiu apenas a apreensão do passaporte, ressalvada a possibilidade de liberação de viagem ao exterior em casos prementes, e o cancelamento de cartões de crédito da executada sem, contudo, suspender a CNH. Insurgência quanto à falta de suspensão do direito de dirigir. Acerto da decisão. Tal medida inibiria o direito de ir e vir da executada, eventual consecução de renda (locomoção para o trabalho, etc.), em síntese, oneraria demasiadamente a devedora, mostrando-se inadequada e desarrazoada ao fim pretendido. Precedentes deste Tribunal. Nega-se provimento ao recurso. (TJSP - Agravo de Instrumento 2168071-38.2017.8.26.0000; Relator (a): Beatriz Braga; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Artur Nogueira - Vara Única; Data do Julgamento: 28/09/2017; Data de Registro: 02/10/2017).

Em contramão ao entendimento citado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça no HC 453.870/PR decidiu contrário à aplicação das medidas executivas atípicas no âmbito da execução fiscal, ao argumento de que a Fazenda Pública já possui privilégios na busca dos créditos tributários. Com isso, a aplicação das medidas coercitivas na execução fiscal resultaria em excessos.⁴

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem se posicionado seguindo os julgados do STJ, entendendo que a Fazenda Pública já goza de diversas prerrogativas para o recebimento do crédito. Vejamos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - APREENSÃO DE CNH - ART. 139, IV, CPC - MEDIDA EXCEPCIONAL - PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA - NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS - INOCORRÊNCIA.

⁴ STJ - HC n. 453.870/PR, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 15/8/2019.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 139, inciso IV, trouxe permissivo legal de discricionariedade ao Magistrado para a imposição de medidas a fim do cumprimento de ordem judicial, inclusive se natureza pecuniária.- *O colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 453.870/PR, consignou a estrita excepcionalidade para deferimento de medidas como apreensão de CNH, a partir de aplicação do art. 139, IV, do CPC, principalmente em se tratando de Execução Fiscal, tendo em vista as diversas prerrogativas que a Fazenda Pública goza para recebimento de seus créditos.-* Constatou-se que não se houve esgotamento de diligências por parte da Fazenda Pública e que o bloqueio de CNH e CPF se trata de ultima ratio, vez que determinação extremamente gravosa por restringir a liberdade do executado, concluiu-se como desproporcional e desarrazoada a imposição da medida neste momento processual. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0151.02.003222-4/001, Relator(a): Des.(a) Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, julgamento em 07/11/2019, publicação da súmula em 11/11/2019) (Grifos)

Pedimos as devidas vênias para discordar do posicionamento adotado pelo STJ e por outros tribunais acerca da impossibilidade de aplicação das medidas atípicas coercitivas na execução fiscal, pois os privilégios e os mecanismos disponibilizados à Fazenda Pública para a cobrança dos créditos tributários têm como objetivo satisfazer o interesse da coletividade, visto que eventuais valores adimplidos são revertidos para a manutenção e execução de serviços essenciais. Assim, a aplicação das medidas atípicas aflitivas pessoais na execução fiscal deve ser amplamente aceita, até porque não há vedação no ordenamento jurídico impedindo a aplicação das referidas medidas nas execuções fiscais.

Ora, se a Fazenda Pública já possui privilégios na execução fiscal, nada impede a aplicação das medidas previstas no inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015 também buscados por ela.

Pelo contrário, se a legislação sempre teve a intenção de conferir à Fazenda Pública mecanismos diferenciados para a satisfação de seu crédito, não teria sentido coibir-lhe o deferimento de certas medidas atípicas requeridas, uma vez que, conforme

visto anteriormente, ainda que com cautela exacerbada dos tribunais, são concedidas em ações executivas movidas por particulares.

A adoção das medidas coercitivas pessoais resultaria em maior eficiência ao processo executivo fiscal, tendo em vista que as medidas pressionariam o devedor tributário a adimplir a obrigação junto ao Estado, o que seria benéfico para o interesse público.

Dessa forma, a gama de privilégios conferido à Fazenda Pública é adequada e razoável, principalmente pelo fato de as execuções fiscais manejadas pelo Estado serem revestidas de interesse público.

O português José Casalta Nabais (1998. p. 186) adverte que a obrigação de pagar impostos constitui dever de fundamentação do cidadão, para que o Estado implemente suas políticas públicas. Vejamos:

Pelo que, o dever de pagar impostos constitui um dever fundamental como qualquer outro, com todas as consequências que uma tal qualificação implica. Um dever fundamental, porém, que tem por destinatários, incluindo-se neles, de um lado, as pessoas (ou organizações) colectivas e, de outro, mesmo os estrangeiros e apátridas (...). Há, isso sim, o dever de todos contribuírem, na medida da sua capacidade contributiva, para as despesas a realizar com as tarefas do estado. Como membros da comunidade, que constitui o estado, ainda que apenas em termos económicos (e não políticos), incumbe-lhes, pois, o dever fundamental de suportar os custos financeiros da mesma, o que pressupõe a opção por um estado fiscal, que assim serve de justificação ao conjunto de impostos, constituindo estes o preço (e, seguramente, um dos preços mais baratos) a pagar pela manutenção da liberdade ou de uma sociedade civilizada.

O verdadeiro destinatário do crédito da execução fiscal não é o Estado, mas sim a coletividade, pois os valores que ingressam nos cofres públicos decorrentes dos processos executivos fiscais são revertidos para manutenção e execução de serviços e de obras para a população, pelo menos é isso que se espera.

Também é de se lembrar que a Fazenda Pública pode se tornar credora nos cumprimentos de sentença, tendo como títu-

lo executivo as sentenças judiciais em que se reconhece o cometimento de atos de improbidade administrativa, quando se busca a reparação e sanção aos condenados por lesão ao erário público, o que fica mais que justificada a utilização das medidas coercitivas atípicas para a satisfação do crédito.

Dessa maneira, é justificável que a Fazenda Pública tenha à sua disposição mecanismos e privilégios para que a execução fiscal tenha máxima efetividade, pois, com mais recursos em caixa, o Poder Público terá meios para efetivação dos direitos e das garantias inerentes à pessoa humana.

Os doutrinadores Marco Aurélio Ventura Peixoto, Patrícia Soares e Renata Peixoto (1998. p. 186) apontam com maestria a legalidade dos mecanismos conferidos à Fazenda Pública nas ações em que buscam a satisfação do crédito. Vejamos:

As prerrogativas conferidas por lei à Fazenda Pública não devem, portanto, ser encaradas como privilégios, já que o tratamento diferenciado tem uma razão de ser – proteção do interesse público – e atende plenamente à ideia de isonomia processual. Se há desigualdade entre os polos de uma relação processual, desigualmente devem ser tratados pelo legislador, razão pela qual é plenamente justificado que exista, no texto constitucional, no novo CPC ou em outras leis esparsas, um regime diferenciado para a atuação da Fazenda Pública em juízo.

Cabe destacar que o CPC de 2015, em seu artigo 4º, estabeleceu que as partes têm direito de obter em tempo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Assim, não é razoável que um processo de execução ou cumprimento de sentença fique tramitando por anos sem ter efetividade.

Por isso, deve o juízo lançar mão de todos os mecanismos processuais para assegurar o adimplemento da obrigação e, com isso, conferir efetividade às decisões judiciais.

Não há impedimento para que o Poder Judiciário tenha uma postura ativa nos processos de execução fiscal, visto que todos os Poderes da República são responsáveis por promover a concretização dos direitos e deveres fundamentais previstos pelo legislador, inclusive a concretização do dever de pagar tributos para a manutenção das atividades estatais.

Conclusão

Diante dos argumentos expostos, conclui-se que, quando o exequente demonstrar que já foram promovidas inúmeras diligências objetivando a satisfação do crédito, como, por exemplo, a penhora online, consultas pelo Renajud, buscas em cartórios de registros de imóveis, entre outros mecanismos dispostos na legislação processual, deve o julgador, desde que observado o contraditório, acolher o pedido de adoção de medidas coercitivas atípicas, consistente na suspensão de carteira de habilitação (CNH), apreensão de passaporte, bloqueio de cartões de crédito, bem como outras medidas para compelir o executado a satisfazer o crédito.

Dessa forma, quando restar comprovado que foram promovidas diligências à exaustão para a satisfação do crédito, bem como a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir com a obrigação objeto da demanda judicial, deve o juiz adotar medidas atípicas para forçar o cumprimento da obrigação, sob pena de esvaziar o objetivo almejado pelo legislador com a introdução da norma contida no inciso IV do artigo 139 CPC de 2015.

Infelizmente, no ordenamento jurídico brasileiro, o devedor tem inúmeros privilégios processuais, o que tem contribuído para a ineficácia das execuções. Mesmo o legislador tendo inovado no ordenamento jurídico com a introdução do IV do art. 139, do CPC de 2015, com a previsão de aplicação de medidas atípicas, mandamentais ou sub-rogoratórias, hábeis a assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive do processo de execução, pouco tem sido utilizado na prática tal instrumento processual, pois, em muitos casos, o julgador se reserva a negar a aplicação das medidas coercitivas atípicas ao argumento de afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da menor onerosidade ao devedor e da dignidade do devedor.

Ora, no processo de execução, também deve ser levada em conta a dignidade humana do credor, tendo em vista que, em muitos casos, a inadimplência prejudica sobremaneira a vida do exequente, tendo em vista que este depende do crédito a receber para o sustento próprio ou da sua família. Portanto, a decisão que indefere a aplicação das medidas atípicas no curso da execução também atenta contra os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana do credor.

Sendo assim, a utilização das medidas atípicas nos processos executivos merece ser vista com outros olhos por parte dos julgadores, uma vez que a aplicação de tais medidas, além de

ter previsão legal, é meio adequado para conferir efetividade aos processos de execução.

Não há dúvida de que o posicionamento do Poder Judiciário, acerca da aplicação das medidas atípicas na execução, merece ser revista urgentemente, pois o posicionamento majoritário até então adotado apenas beneficia o devedor em detrimento do credor, fazendo com que grande percentual dos processos de execução não tenha efetividade.

No âmbito da execução fiscal, as medidas executivas atípicas devem ser adotadas com mais afinco, conforme argumentos apresentados anteriormente, pois deve prevalecer o interesse público no recebimento do crédito tributário para ser aplicado em prol da coletividade.

Se o legislador já criou mecanismos processuais diferenciados para que a Fazenda Pública obtenha a satisfação de seu crédito, seja o crédito originado do dever de pagar os impostos, seja em virtude de condenação do particular em ações de improbidade administrativa, onde se reconhece a lesão ao erário, não há plausibilidade em negar o deferimento de medidas coercitivas atípicas, quando deparado com a necessidade da excepcionalidade do caso concreto.

Por fim, cabe registrar que a utilização de medidas executivas atípicas, tanto fiscal quanto na execução comum, contribuiria para que o devedor não desprezasse as decisões judiciais condenatórias, visto que já teria a certeza de que o não adimplemento da obrigação poderia resultar na aplicação de medidas afilivas pessoais, tornando os processos executivos mais eficientes.

Referências

AVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios - Do princípio à aplicação dos princípios jurídicos**, 18. ed., 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense.

BRITO, Alzemeris Martins Ribeiro de. BARIONI, Rodrigo Otávio (Coordenadores). **Advocacia pública e novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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.

- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: Art. 139, IV, do novo CPC**. São Paulo: Revista de Processo, 2017.
- NOVELINO, Marcelo. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Constituição Federal para concursos**. 12. ed. Editora JusPodivm, 2020.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público**. Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 11. Salvador: JusPodivm, 2018.
- OLIVEIRA NETO, Olavo. **O poder geral de coerção São Paulo: Revistas dos Tribunais**, 2019.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 26. ed., Editora Forense, ano 1999.

Breves considerações sobre a responsabilidade civil de terceiros

André Luis de Sousa Miranda Cardoso
Advogado da CAIXA em Santa Catarina

RESUMO

Com o presente artigo, visa-se responder à indagação se terceiro, absolutamente estranho à determinada relação jurídica precedente estabelecida entre outras pessoas, tem o dever de respeitá-la e, não a respeitando, se pode ser responsabilizado pelo descumprimento da relação jurídica precedente a qual é estranho. Para tanto, face a falta de preceito explícito (diferentemente de expresso), buscou-se a resposta com base nos princípios gerais do direito, sobretudo no princípio da boa-fé e dos deveres acessórios de salvaguarda e cooperação, como auxílio ao direito comparado, chegando-se à conclusão positiva à indagação de que o terceiro deve respeitar a situação jurídica criada pelo contrato estabelecida entre outras pessoas, sob pena de responder pelos danos que tal desrespeito possa causar aos contratantes.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Boa-fé. Terceiros. Responsabilidade do terceiro cúmplice.

ABSTRACT

This article aims to answer the question whether a third party, absolutely foreign to a given precedent legal relationship established between other persons, has the duty to respect it and, failing to respect it, whether it can be held responsible for non-compliance with the precedent legal relationship which is weird. To this end, given the lack of an explicit price (other than express), look for a response based on the general principles of law, especially the principle of good faith and the ancillary duties of security and cooperation, as an aid to comparative law, arriving at a positive conclusion to the inquiry, that the third party must respect the legal situation created by the contract established between other people, under penalty of being liable for the data that such disrespect may cause to the contracting parties.

Keywords: Civil responsibility. Good faith. The third. Responsibility of the third accomplice.

Introdução

O imperativo do direito é:
"sê uma pessoa e respeite os outros como pessoa".
(Hegel. 1990/56)¹.

O princípio da relatividade das relações jurídicas privadas, defluente da autonomia da vontade, determina que aos negócios jurídicos sujeitam-se somente as partes envolvidas, não aproveitando nem prejudicando terceiros. Esse princípio não se aplica somente aos contratos, mas a todas as obrigações, inclusive as decorrentes de ilícitos.

Não obstante ao princípio supra, terceiros estranhos à relação jurídica precedente estabelecidas entre partes diversas podem sofrer consequências danosas desta relação jurídica, como também podem contribuir para que aquela seja descumprida.

Na primeira hipótese, esses terceiros podem ser considerados vítimas e, na segunda, são coautores ou corresponsáveis (cúmplices) pelo dano causado. Em ambas as hipóteses, a vinculação do terceiro decorre do *dever de correção* (ou boa-fé), insito em *todas as relações jurídicas* (BIANCA, 2005/10), além da própria *oponibilidade* das relações apreciadas como um fato social, sendo importante, pois, realizar-se uma abordagem sobre a boa-fé, sobretudo quanto ao critério de sua aplicação, sendo que a presente análise não abordará os direitos dos devedores expostos a relações jurídicas de terceiros.

Com efeito, o devedor e credor – procedendo-se a uma rápida comparação com a legislação estrangeira – devem se comportar segundo a regra de *correção* (art. 422² do CC; art. 1175³

¹ Dá-se a esta síntese um conteúdo próprio. Não exprime a máxima "*viva e deixe viver*". Não é um abster-se, mas sim compromisso e ação (algo positivo), no sentido de um atuar na edificação do próximo, na perspectiva que o homem só se realiza no próximo. Aplica-se no sentido de "*viva e faça viver*". Se voltássemos os olhos ao Evangelho, encontraríamos nele uma síntese semelhante: Mt 22, 37-40.

² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³ "*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.*" – para um breve comentário, veja-se <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/08/delle-obbligazioni-in-generale>

CCItaliano; art. 227⁴ do CCPortugues; art. 1104⁵ do CCFrances), seja na precedente fase das tratativas e formação do negócio jurídico (art. 1337⁶ do CCItaliano; art. 1112⁷ do CCFrances), como na pendência de uma condição (art. 128⁸ do CC; art. 1358⁹ do CCItaliano; art. 272¹⁰ do CCPortuguês), como na interpretação do negócio (art. 113¹¹ do CC; art. 1.366¹² do CCItaliano; art. 239¹³ do CCPortuguês) e em sua execução (art. 1375¹⁴ do CCItaliano; art. 762¹⁵ do CCPortuguês).

Também a este dever se submetem todos os demais (terceiros) que não estejam vinculados diretamente à relação jurídica estabelecida entre credor-devedor, face a *oponibilidade* de dita relação e em razão, sobretudo, da salvaguarda da boa-fé, como se verá mais adiante.

⁴ "1. *Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*"

⁵ "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public."

⁶ "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede."

⁷ "L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi."

⁸ Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.

⁹ "Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte."

¹⁰ "Aquele que contrair uma obrigação ou alienar um direito sob condição suspensiva, ou adquirir um direito sob condição resolutiva, deve agir, na pendência da condição, segundo os ditames da boa fé, por forma que não comprometa a integridade do direito da outra parte."

¹¹ art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹² "Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede."

¹³ "Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta."

¹⁴ "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede."

¹⁵ "No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé."

Aliás, como afirmado por Salomão e Moraes, os princípios insculpidos no Código Civil de 2002, como ética, **boa-fé objetiva**, socialidade e operabilidade, devem ser observados, sobremaneira, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao interpretar as normas, não só na função-dever de solução dos conflitos de interesses, mas de *indicar condutas* (SALOMÃO-MORAES, 2024, p. 9).

Assim, para o escopo do presente artigo, faz-se necessário um breve excuro sobre a boa-fé.

1 Origem de sua aplicação às relações jurídicas

Os romanos da jovem república, consoante Kaser, "*emprenderam um caminho original e glorioso*", consistente em confiar a renovação do Direito aos seus magistrados encarregados da jurisdição (estes coadjuvados, ou melhor, orientados pela criação dos juristas de quem dependiam para suas construções institucionais e seu labor reformador do Direito), para que os mesmos pudessem aplicar princípios que não tinham apoio nas leis (*ius civile*), com criação de um grande número de *actiones, exceptiones et interdicta*, cujo conjunto destes princípios jurídicos veio a constituir o *ius honorarium (ius praetorium*, criado pelos magistrados), aplicável a todos os ramos do Direito privado e processual civil, em contraposição ao *ius civile*, integrado por um complexo de leis e de normas (KASER, 1982, p. 19-20).

Conforme o arbítrio, mais ou menos amplo, concedido ao juiz, se distinguiam as ações em de *direito estrito* e *ações livres*, tudo a depender das relações obrigatórias que as motivassem.

Na era clássica, Justiniano agrupou as ações de acordo com (i) o resultado *equitativo* e (ii) em razão da aplicação do *Direito estrito*, classificando-as, em dualidades contrapostas, em ações *bonae fidei* e ações *stricti iuris*.

Pertinentemente às *ações livres*, o arbítrio judicial gozava de folgada amplitude, possibilitando ao juiz condenar " "o que o réu deve ao autor de acordo com as exigências da boa-fé" (*quidquid...dare facere oportet ex fide bona*)", pois a *fides* radicava no tráfico jurídico, isto é, o respeito à palavra dada (*pacta sunt servanda*), fundamento obrigatório para todos os homens sem distinção (KASER, 1982/154).

E desde o começo da época clássica, face a boa-fé adquirir força imperativa de uma *lex*, os *bonae fidei iudicia* adentraram

no âmbito do *ius civile*, passando, como esclarece Kaser, "de fundamento independente das obrigações, a ser a **medida** com que o juiz deve julgar a relação obrigatória" (KASER, 1982, p. 155), ou como aduz Medicus, a boa-fé adquiriu outra função consistente em "estabelecer agora (desde pouco antes do nascimento de Cristo), a **escala** para as obrigações singulares provenientes destas relações jurídicas" (MEDICUS, 1995, p. 74), imperando não só sobre a causa e o conteúdo daquilo que as partes convencionaram (independentemente da forma), como também (mesmo que não convencionadas expressamente) estimando, como devidas, as circunstâncias concorrentes que tiveram em conta os usos do lugar e as exigências do tráfico jurídico, indicando Kaser, de forma não exaustiva, os fatores que o juiz pode ter em conta na solução das questões a ele submetidas, entre eles "as obrigações acessórias como as de proteção e fidelidade impostas pela relação obrigatória".

E conclui Kaser, apesar da advertência, enaltecendo a boa-fé, *verbis*:

"Isto a que chamamos de boa-fé, com as suas prudentes limitações, constitui a mais importante e eficaz contribuição para o futuro do Direito, a qual devemos aos juristas pré-clássicos e clássicos. Porém, o valor ilimitado que Justiniano atribuiu a equidade (aequitas) o prejudicou." (KASER, 1982/155-6, g.n).

Quanto à evolução histórica da boa-fé na Alemanha, não comporta tal digressão neste artigo, razão pela qual se remete ao escólio de Medicus (MEDICUS 1995, p. 74-76), sendo que igualmente não cabe aqui aprofundamentos sobre as razões sociais e econômicas (transfundo econômico) que levaram a Alemanha a positivizar a boa-fé, à igualdade de outras *cláusulas gerais*, em seu código civil (promulgado em 1896 com vigência em 01/02/1990), a qual, inicialmente, de cúspide do direito das obrigações, passou à cláusula geral, com o que possibilitou o Direito civil ser plasmado pela *valoração da lei fundamental* (MEDICUS 1995/74-76).

Mas o que vem a ser a boa-fé?

2 Preciões acerca da boa-fé

Como esclarece Larenz, o "*personalismo ético*", que eleva a dignidade pessoal de cada ser humano à categoria de imperati-

vo moral supremo, não seria suficiente para “fundamentar uma ordem jurídica e, nem sequer uma ordem jurídico-privado, se não intervir também um elemento ético-social”.

Este elemento ético-social, afirma Larenz, é o princípio da boa-fé, o qual expressa “o imperativo de não defraudar a confiança dispensada e exigida” (LARENZ, 2019, p. 58).

De maneira mais enfática, o princípio da boa-fé

“significa que cada um deve guardar ‘fidelidade’ à palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar dela, já que esta forma a base indispensável de todas as relações humanas; supõe o se conduzir como cabia esperar de quantos com pensamento honrado intervêm no tráfico como contratantes ou participando nele em virtude de outros vínculos jurídicos” (LARENZ, 1958, p. 142).

Nesta acepção, a boa-fé deve ser considerada como um módulo de *caráter objetivo*, ou seja, indiferente ao que os contratantes tenham pensado acerca da honradez de sua maneira de contratar (HEDEMANN, 1958, p. 77).

Com efeito, a regra de correção, ou boa-fé no sentido objetivo, não se confunde com a *boa-fé subjetiva* (ignorância de lesar – *neminem laedere*¹⁶ – isto é, o dever de diligentemente se desincumbir da ignorância em infringir direitos alheios, crendo que agiu de acordo com a lei – GALGANO 1999, p. 547), nem com a *boa-fé semiobjetiva*, ou *standard*, referente à média dos comportamentos socialmente aceitos (KOLB, 2000, p. 70).

A boa-fé objetiva, decorre do *princípio de solidariedade* que transcende a disciplina do contrato, abrangendo a disciplina geral das obrigações, revelando-se como *critério de interpretação* da norma, ao qual, em geral, deve-se proceder tendo em conta, não a intenção da parte, mas o significado que, objetivamente, se lhe deve reconhecer na aplicação dos critérios hermenêuticos e no sistemático contexto dos princípios gerais do ordenamento, sobretudo, em apreço aos princípios constitucionais (BIANCA, 1998, p. 87). Com expressiva imagem, Kolb afirma que o princípio da boa-fé está “no tronco da árvore e em seus galhos, comunicando sua seiva às inúmeras folhas” (KOLB, 2000, p. 133).

¹⁶ Por exemplo, vide o n. 2, do art. 612 do Código Civil Português: “Entende-se por má fé a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor.”

Aliás, *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* ("viver honestamente, não ofender a ninguém, dar a cada um o que é seu"), esses três princípios básicos do Direito ditados por Ulpiano têm densidade principiológica constitucional, vis-à-vis o art. 5º, *caput*, X da CRFB/88, seja em sua função normativa sancionadora (função primária) em determinar a reparação dos danos causados à vida, à propriedade, à intimidade, à integridade moral, etc., como em sua função genética e hermenêutica, posto que princípios com considerável grau de abstração, nas funções genéticas, normativas, interpretativas e de otimização da Justiça, permitem a densificação da norma jurídica, com preenchimento de suas lacunas, vivificando as concepções de *Verdade* e *Justiça*, na sensibilidade permanente às mudanças da realidade social, possibilitando, tais princípios, a integração de valores como a liberdade, igualdade, equidade, etc., sobretudo na interpretação e da aplicação da lei no caso concreto (SILVA, 2003, p. 219-20).

O princípio da boa-fé, não obstante limitar os direitos subjetivos (TUHR, 1948, p. 261) e pautar-lhes o exercício, face ao referido anteriormente, atua sobre "*qualquer espécie de **nexo jurídico existente***" (LARENZ, 2019, p. 196), isto é, o princípio da boa-fé deve ser observado pelos sujeitos da relação jurídica obrigatória, *independentemente de sua fonte*, como também nas relações que *não tenham fonte negocial* (BIANCA 1998, p. 88), podendo-se citar, no direito de família, a hipótese em que o devedor de alimentos, a fim de encobrir sua possibilidade em custeá-los em relação ao credor dos alimentos, utiliza-se de uma pessoa jurídica para mascarar seus ganhos, sendo isso bem descrito por Madaleno (MADALENO, 2009, p. 245); no direito administrativo, quando empregador e empregado simulam rescisão do contrato de trabalho para que o mesmo amealhe o seguro-desemprego (TRF1, 4ª. T., rel. Des. César Jatahy, proc. n. 0000820-73.2013.4.01.3500¹⁷); como a responsabilidade da empresa pelo automóvel estacionado pelo cliente em lugar para isso disponibilizado, em mesmo não havendo um contrato de depósito, a empresa responde por eventuais danos (STJ. Ac. 4ª. T., REsp 107.211/SP, rel. Min. Ruy Rosado, djau 03.03.97), *et coetera*.

Por formarem a base do tráfico jurídico e, em particular, de toda vinculação individual, a salvaguarda da *boa-fé* e a manu-

¹⁷ Vide notícia em <https://www.trf1.jus.br/trf1/noticias/trf1-condena-empresario-e-ex-empregado-por-fraude-no-seguro-desemprego>- acessado em 27/02/2024.

tenção da *confiança* (ou correção) configuram-se como um princípio *irrenunciável*, posto representar o preceito fundamental da juridicidade, o que o torna *um princípio supremo* do Direito, fazendo com que todas as demais normas se *meçam* por ele (LARENZ, 1958, p. 144-45), sendo-lhes a *escala* (MEDICUS, 1995, p. 74), cabendo ao juiz **aplicar-lhe de ofício**, indo além do previsto para a *exceptio doli generalis*, sempre que verificar sua vulneração (ENNECCERUS-LEHMANN, 1954/19; idem FARIAS-ROSENVALD, 2008, p. 48), posto sua violação gerar, não uma exceção, mas um *impedimento* à concreção da relação submetida a essa afecção (MEDICUS, 1995, p. 78).

Para verificação da violação à boa-fé objetiva e suas consequências danosas, prescinde-se do exame do propósito doloso de causar prejuízo à outra parte (prova do elemento subjetivo), haja vista que este elemento subjetivo encontra-se implícito na infração ao dever de comportar-se com boa-fé, sendo suficiente demonstrar o descumprimento dos deveres de lealdade e proteção/salvaguarda (v.g. Corte de Cassação da Itália, civ., sez. II, 29 agosto 2011, n. 17716). Portanto, "*na infração ao dever de boa-fé, estamos ante a presença de uma culpa in re ipsa*" (MONATERI, 2004, p. 534-5), devendo-se aportar, face a boa-fé ser um princípio geral, de que *ignorantia legis non excusat*, não obstante, como dito, a infração aos deveres de *lealdade* e de *salvaguarda* já trazer implícito a intenção de vulneração do direito alheio.

Assim, o dever de correção, ou simplesmente boa-fé objetiva, constitui-se, face decorrer do *princípio de solidariedade social*, como um *critério geral de determinação da prestação* e como uma *regra de cooperação*, na acepção de salvaguarda (ou proteção) dos interesses que não são especificamente tutelados na relação obrigatória, nem pelos princípios da responsabilidade extracontratual (BIANCA, 1998, p. 89).

• **Limites e fundamentos da boa-fé. A função dos precedentes**

O princípio da boa-fé não pode ser definido como um simples "*direito equitativo*", pois aí, em lugar da justiça, haveria a inserção de valores metajurídicos, como a *caritas*, ou "*bem-estar social*", ou "*bem comum*" ou a "*utilidade social*", franqueando-se uma "*arbitrária justiça dos juizes*" ou abertura ao denominado *direito livre* (WIEACKER, 2019, p. 21), os quais, sob o pálio das cláusulas gerais, enaltecidas como "*parágrafos régios*" ou "*válvulas*" para as exigências ético-sociais, ultrapassariam o Direito, olvidado que, "*mesmo diante da superação do*

positivismo, a jurisprudência há de continuar sendo servidora da lei e do direito" (WIEACKER, 2019, p. 23).

Com efeito, como afirma o Professor de Göttingen, pelo uso de uma *"equidade frouxa e até demagógica"*, o Direito seria debilitado com o escancaramento de suas portas às arbitrariedades e, especialmente, ao jogo dos interesses e das pressões políticas (WIEACKER, 2019, p. 24).

E sob estas advertências, como pondera Wieacker, se é certo que o Direito não se limita à realização de uma figura de lógica acabada (singela subsunção a uma norma abstrata, tal qual um juízo analítico), mas sempre depende de interpretação para a correta realização do valor esperado pelo direito, através da eleição de uma entre várias valorações possíveis para cujos princípios está orientado, esses princípios **não** podem ser buscados em valores individuais ou empíricos, como *"interesse"*, *"utilidade"*, *"bem comum"* ou *"sentimento do Direito"*; devem, ao contrário, ser encontrados na teoria do Direito, quando considera a jurisprudência como uma arte da profissão judicial e, por conseguinte, de que as máximas utilizadas na aplicação do Direito (e na interpretação) são objeto de uma teoria ético-jurídica desta arte, sendo reprodutora de uma *"conduta prática"*, enfeixado nos *"Thesaurus de experiências e máximas forenses"*, referidos por Esser, que, frente à estrita regulação legal, podem ser considerados como *ius commune*, compreensivas da lógica jurídica, da *naturalis ratio*, da natureza das coisas e das *aequitas*, convertendo-se a totalidade das decisões, pelas *rationes decidendi*, as máximas e diretrizes, em *"convenções gerais de validade"*.

Como enfatiza Galgano, a aplicação da cláusula geral de boa-fé é, a rigor, aplicação do *direito jurisprudencial*, isto é, aplicação da *regulae iuris* (GALGANO, 1999, p. 549).

Entretanto, os operadores do direito (sempre oscilando nessa tensão) não podem engessar-se, ou cristalizar-se, aos precedentes, uma vez que o estudo das fontes não poder limitar o raciocínio dos juristas, como expressão, em parte conservadora e em parte antecipadora, das realidades em movimento; devem ter também a *"capacidade de se libertar da perspectiva rígida dos precedentes e de apreender respostas adequadas ao novo, assumindo consciência do papel político e, portanto, da necessidade de optar em contribuir para uma resposta à constante e duradoura ameaça da 'desumanização' e 'despersonalização' das relações sociais provenientes da ação burocrática e formalista, dos egoísmos econômicos dos indivíduos e de grupos"* (PERLINGIERI, 1991, p. 23).

Em síntese: a “arte judicial” é a ética jurídica aplicada e também teoria da justiça. A isso adere, por exemplo, Larenz, quando afirma que o recurso ao princípio da boa-fé não deve engendrar uma decisão de teor acerca do “*sentimento jurídico*” ou segundo um “*critério de equidade*” (LARENZ, 1958, p. 144), sendo Hedemann mais enfático, adverte que o juiz não deve deixar de fundar “*sua sentença no cuidadoso exame das normas legais concretas, contentando-se em falhar de acordo com o lema da boa-fé*” (HEDEMANN, 1958, p. 76).

E conclui Wieacker acerca da aplicação do princípio da boa-fé:

“as máximas da arte da decisão judicial devem poder reconduzir-se às cognoscíveis e determináveis indicações do legislador aos princípios elementares, praticamente indiscutidos, de obrar justo” (WIEACKER, 2019, p. 33).

3 Deveres acessórios

Como anteriormente antevisto, do princípio da boa-fé objetiva dimanam obrigações *implícitas* ou deveres acessórios, os quais, por natureza, são avessos a qualquer enumeração ou descrição definitivas (face ao conteúdo proteiforme e polimorfo), posto decorrerem do respeito à “*ética da situação*”, que importa em uma constante mutação desses deveres no tempo e espaço, em sua orientação permanente de respeito ao sentido do contrato, conforme os fins comuns (FARIAS-ROSENVALD, 2008, p. 47).

Com efeito, referidas obrigações acessórias pertencem aos chamados *naturalia negotii*, os quais, com frequência, não são convenionados de forma expressa, precisamente porque valem entre as partes como *naturalia* (WIEACKER, 2019, p. 38), derivando da natureza das coisas, desenvolvidas até os denominados “*deveres de proteção*”, sendo que a atuação do juiz na preservação desses deveres nunca será *praeter legem* (ou como criador do Direito, nem formulador às partes de exigências específicas de equidade); nessas hipóteses, o juiz cumpre a obrigação de atuação estabelecida pela lei (WIEACKER, 2019, p. 39-40).

Pode-se exemplificar referidas obrigações implícitas ou acessórias, como a *obrigação de informação* (cfr. Art. 1112-1¹⁸ do CCFrances), *obrigação de proteção* (ou salvaguarda ou seguran-

¹⁸ “Celle des parties qui connaît une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit l’en informer dès lors

ça), *obrigação de lealdade, obrigação de cooperação*", etc, isto é, as denominadas "*obrigações de proteção e comportamento, cuja observância assegura o cumprimento da própria prestação*" (MEDICUS, 1995, p. 77).

Com efeito. A boa-fé exprime-se nos deveres de *lealdade* e de *salvaguarda* (ou *proteção*), sendo esta última o dever de preservar e defender a utilidade do negócio jurídico para o outro, nos limites em que isso não importe em um apreciável sacrifício à parte (BIANCA, 1998, p. 87), ou como refere Galgano em apelo à jurisprudência da Corte de Cassação, a boa-fé determina o dever em *realizar o interesse contratual* da outra parte, evitando-se o agravamento ou danos ao outro, inclusive cumprindo obrigações não previstas em lei ou contrato (GALGANO, 1999, p. 556), derivando da *salvaguarda/proteção* o caráter **bifronte** da boa-fé, pois, além de vedar o abuso do direito pelo credor, obrigando-o a ataviar-se, ou ser diligente, quanto aos interesses do devedor, com o fito de evitar, ou conter, imprevistos que agravem a prestação devida ou levem à consequência do inadimplemento, também impõe ao devedor a obrigação não só de executar a prestação prevista no título, mas também de operar com o objetivo de realizar, ou de preservar, os interesses do credor que são conexos às prestações e que não entram no resultado devido (BIANCA, 1998, p. 87-88), sendo esta última questão fundamental para a imposição de sanção ao terceiro, que, agindo com o devedor, ou não, vulnere conscientemente direitos do credor defluentes da relação jurídica a que é estranho.

Aliás, esse dever de *salvaguarda* (ou *proteção*) vem assim expressado na reforma do Código Civil que se pretende realizar, consoante Parecer nº 1 – Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa da CJCODCIVIL, tendo por

que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

membros da subcomissão Nelson Rosenvald (Sub-relator), Maria Isabel Gallotti e Patrícia Carrijo, que aportaram o seguinte artigo.:

Art. 926-B. Toda pessoa tem o dever de adotar, de boa-fé e de acordo com as circunstâncias, medidas ao seu alcance para evitar a ocorrência de danos previsíveis que lhe seriam imputáveis, mitigar a sua extensão e não agravar o dano, caso este já tenha ocorrido.

E sobre referido artigo, a subcomissão assim se justifica:

“O art. 926-B regula a função preventiva pelo viés substantivo, tendo inspiração no artigo 1710 do Código Civil da Argentina de 2015: “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable... c. no agravar el daño, si ya se produjo.”.

Vale dizer, consagra-se um dever geral de atuar para evitar causar às pessoas e coisas um dano injustificado, mediante a adoção de condutas conducentes ao seu impedimento, produção ou agravamento.

A base do dispositivo são os parâmetros da boa-fé e da razoabilidade, o que implicará a análise das circunstâncias de cada caso, levando-se em consideração que existe um direito geral a não atuar e que, unicamente quando se configure um abuso deste direito poderá haver responsabilidade por omissão.

Por isso, na análise do *nexo jurídico* e, especificamente no contrato, deve o juiz observar o *sentido* da ordenação da relação, isto é, o “*como*” da prestação, o sentido correspondente à convenção social da ordenação contratual ou relação obrigacional, sentido este que se encontra no “*uso do tráfico*”, ou de forma mais ampla: buscar estabelecer que significado tem, geralmente, a declaração na situação típica em que foi emitida (TUHR, 1947, p. 219).

Resumidamente, deveres laterais, paralelos, anexos, instrumentais, acessórios ou secundários (que não se confundem com obrigações acessórias: p. ex., cláusula penal, juros, etc), como explica Paula Barreto (2002, p. 6), consubstanciam-se em deveres "*recíprocos de cumprir o contrato cuidadosamente, diligentemente, de adotar conduta em conformidade com o contrato ou com a sua função ou finalidade (vertragsgerechtes Verhalten)*", os quais colimam, entre outros, "*os deveres de informação e de consideração, de respeito e cooperação leal, especialmente em relações de prestações periódicas; deveres preparatórios ou précontratuais; dever de sigilo*".

E a não observância desses deveres, violam, em última instância, posto ser esse seu fundamento ontológico o **princípio da boa-fé** e recalcam o **abuso de direito**, notadamente pelos preceitos declinados nos artigos 113, 187 e 422 do CC, os quais têm força cogente, irredutíveis à norma dispositiva, razão pela qual sequer sujeitam-se "*a uma auto-regulação ditada pelas conveniências particulares dos contratantes. Atente-se, aliás, para a advertência de Larenz (1976, p..100) de que nem mesmo o juiz desfruta de arbítrio subjetivo na aplicação do princípio da boa-fé*", o qual perfaz ainda *norma de conexão* (posto definir comportamentos, cabendo ao aplicador sancionar as consequências à violação desse comportamento).

4 Teoria da responsabilidade transubjetiva ou terceiro cúmplice

Fixadas as premissas supra, resta agora possível se declinar a responsabilização do terceiro que desrespeita a relação jurídica estabelecida entre outras pessoas.

Como curial, face a relatividade das relações jurídicas privadas e da própria autonomia da vontade, os negócios jurídicos obrigam somente as partes envolvidas, não aproveitando nem prejudicando terceiros, em seu sentido estrito de *petinus extranei* (inteiramente alheios ou terceiros absolutos), consoante a antiga máxima *res inter alios acta alteri nocere non debet*, chancelada, por exemplo, expressamente, no direito Francês à sirga de seu antigo art. 1165¹⁹, hoje inteiramente modificado pela reforma ocorrida com a "*Ordonnance n. 2106-13 de 10/02/2016*",

¹⁹ "*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.*"

cujo texto vem consagrado no art. 1119²⁰ que melhor precisou a questão (FRANÇOIS, 2016, p. 2).

Como reforçam Pineau-Burman-Gaudet, o princípio da relatividade não se aplica somente aos contratos, mas a todas as obrigações, inclusive as decorrentes de ilícitos (PINEAU-BURMAN-GAUDET, 2001, p. 521)

Todavia, a relatividade dos efeitos do negócio jurídico, conforme apontado na última parte do art. 1119 do CCFrancês, por exemplo, não é absoluta, sobretudo em razão do negócio jurídico ser *um fato* (um fato social), razão pela qual ninguém pode negar sua existência ou ser-lhe indiferente, donde exsurge sua força de *oponibilidade a terceiros*, que tanto pode ser invocado pelos terceiros, como pode a eles ser opostos (FLOUR-AUBERT, 1190, p. 347).

Em razão dessa *oponibilidade*, consistente na faculdade de se valer da existência do negócio jurídico e de seus efeitos (BOULANGER-RIPERT, sd/350), vedado é aos terceiros desconsiderar o negócio anterior e concluir com o devedor convenções que o impediriam de cumprir com seus compromissos anteriores, aparecendo a *oponibilidade* como complemento necessário da força obrigatória do contrato, pois, sem a *oponibilidade*, afirma Terré *et alli*, “o contrato ficaria privado de sua eficácia, uma vez que terceiros poderiam ignorar indevidamente a situação jurídica que dele decorre” (TERRÉ *et alli*, 2022, p. 779).

Com efeito, à diferença das partes, os terceiros não têm que executar a prestação prometida no contrato. Contudo, eles têm que se abster de todo comportamento que possa obstaculizar a execução da prestação, isto é, pesa sobre os terceiros um **dever** de respeitar a situação gerada pelo contrato (TERRÉ *et alli*, 2022, p. 778-779), derivando essa obrigatoriedade dos próprios deveres proteção (ou salvaguarda) impositores, em maior ou menor grau, de uma forma de cooperação para com o álter (FARIAS-ROSENVALD, 2008, p. 51).

Por isso, aos terceiros, é interdito obstaculizar *conscientemente* a execução do contrato, sendo que o terceiro que ajuda, com conhecimento de causa, o devedor a não executar o contrato, resta *cúmplice* da violação, respondendo, frente ao credor prejudicado, pelos danos causados, responsabilidade esta

²⁰ “Le contrat ne crée d’obligations qu’entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l’exécution du contrat ni se voir contraints de l’exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.”

de natureza extracontratual, posto ser violadora não da relação contratual em si (face a sua desvinculação deste contrato), mas do **dever** de respeitar os direitos originados do contrato (TERRÉ *et alli*, 2022, p. 780-81), dever que corrobora a própria relatividade dos contratos (MALAURIE-AYNÈS, 2022, p. 445).

Esta construção jurisprudencial acerca da teoria do *cúmplice da violação duma obrigação contratual*, como fonte de responsabilidade, encontra-se positivada no CCFrancês da seguinte:

Art. 1104 - Os contratos devem ser negociados, celebrados e executados de boa-fé. Esta disposição é de ordem pública. (*"Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public."*)

Art. 1200 – Os terceiros devem respeitar a situação jurídica criada pelo contrato. Eles podem aproveitá-lo, notadamente, para aportar a prova de um fato. (*"Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait."*)

Para que haja a reponsabilidade do "terceiro cúmplice", imperativo que referido terceiro conheça o contrato precedente (FLOUR-AUBERT, 1190, p. 347; TERRÉ *et alli*, 2022, p. 780) e que aja (nexo de causalidade) contrário ao mesmo; assim, no primeiro estágio, se examina boa-fé subjetiva (limitada ao conhecimento da precedente relação) e no segundo, entra-se já no campo da boa-fé objetiva, sendo que em ambos não se perquire a intenção de lesionar. A única análise subjetiva, reforce-se, é acerca do conhecimento, ou não, da relação jurídica precedente.

Com efeito, a oponibilidade não esplende, nem se reveste, como aos efeitos públicos do registro de imóveis, de presunção absoluta. O "*conhecimento não se presume*" (TERRÉ *et alli*, 2022, p. 781)²¹, sendo se destacar a milenar parêmia proferida no Resp 956.943/PR: "*A boa-fé se presume; a má-fé se prova*". Contudo, deve-se adotar, para demonstração do conhecimento do anterior contrato em relação aos terceiros, os mesmos critérios para, por exemplo, a fraude à execução quando faz presumir a fraude

²¹ Art. 2274 do CCFrances: "*La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver.*"

cometida pelo terceiro (doação entre parentes etc.) ou quando este terceiro descumpra deveres e cautelas necessárias (boa-fé subjetiva – por exemplo, §2º, art. 792, do CPC).

A doutrina revela inúmeros exemplos de aplicação da teoria do terceiro cúmplice, bastando ser referidos os exemplos trazidos por Flour-Aubert, lembrando sempre do imperativo de conhecimento anteriormente referido: (a) o empregado contratado por novo empregador, não dispensado do anterior, viola o seu primeiro contrato de trabalho, sendo o segundo empregador cúmplice desta violação; (b) o proprietário de um imóvel que, depois de ter feito uma promessa de venda a uma pessoa, vende-o à outra, violando a sua promessa, sendo o segundo comprador cúmplice; (c) o varejista que se compromete a fazer todas as suas compras no mesmo atacadista (o chamado acordo de exclusividade), que se abastece de outro, viola a sua obrigação, respondendo o segundo atacadista como terceiro cúmplice (FLOUR-AUBERT, 1190/349); (d) o empregado esperto “roubado” por alguém ao seu concorrente (PINEAU-BURMAN-GAUDET, 2001, p. 540); *et coetera*.

No direito tedesco, o art. 826²², o qual vem a ser “a terceira ‘pequena cláusula geral’ no direito delitual do Código Civil Alemão”, abre uma porta larga, haja vista que seu âmbito de aplicação “se estende igualmente tão longe como a maldade humana” (MEDICUS, 1995, p. 762-765). E referido autor exemplifica com o caso em que uma pessoa determina (ou induz) a outra, a transgredir um contrato, ou na hipótese em que dado credor “libera” aparentemente seu devedor para que este, demonstrando-se solvável, tome empréstimo com outrem e pague-o, sendo que os prejudicados terão direito ao ressarcimento quanto àquele (MEDICUS, 1995, p. 765), ou quando terceiro e representante, em conluio, celebram um contrato de garantia fingindo a solvência do prestador da garantia, em detrimento do representado (FLUME 1992, p. 445)

Importante destacar que “o fato de um contratante ter sofrido danos pelo seu co-contratante em virtude do incumprimento da obrigação prometida, não o impede de agir também acerca da indenização de outros danos contra o terceiro cúmplice do incumprimento do contrato” (MALAURIE-AUNÈS, 2022, p. 596).

²² §826. Dano que contraria dolosamente aos bons costumes. O que dolosamente causa dano a outrem, por uma forma que contraria os bons costumes, fica obrigado para com o outro ao ressarcimento do dano.

Ao Direito pátrio, essas questões não são estranhas, e a falta de um explícito dispositivo como ao do direito francês, mediante a aplicação do princípio da boa-fé e função social dos contratos expressados nos arts. 113, 187 e 421, a jurisprudência pátria, com apoio na construção da doutrina, vem aplicando tal teoria da responsabilidade do terceiro, como se depreende dos exemplificativos arestos a seguir.

“O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (*res inter alios acta*), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros “de modo positivo ou negativo”, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhes são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato.” (REsp n. 468.062/CE, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe de 1/12/2008.), com a “Aplicação dos ditames derivados do princípio da boa-fé objetiva ao comportamento do terceiro ofensor.” (REsp n. 1.316.149/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 3/6/2014, DJe de 27/6/2014.)
E isto porque,

Os contratos são protegidos por deveres de confiança, os quais se estendem a terceiros em razão da cláusula de boa-fé objetiva. De acordo com a Teoria do Terceiro Cúmplice, terceiro ofensor também está sujeito à eficácia transubjetiva das obrigações, haja vista que seu comportamento não pode interferir indevidamente na relação, perturbando o normal desempenho da prestação pelas partes, sob pena de se responsabilizar pelos danos decorrentes de sua conduta. (REsp n. 1.895.272/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.), sobretudo em razão de “A doutrina brasileira e a jurisprudên-

cia desta Corte Superior admitem a responsabilização de terceiro pela quebra de contrato em virtude dos postulados da função social do contrato, dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, da prática de concorrência desleal e da responsabilidade por ato ilícito ou abusivo” (REsp n. 2.023.942/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022.)

Pode-se citar ainda o **enunciado 21, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**, elucidativo de que

“a função social do contrato, prevista no **art. 421** do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

Neste caso, o enunciado reconhece ser o contrato um fato social juridicamente tutelável, de modo que, apesar de o terceiro não estar juridicamente obrigado pelo contrato, tem o dever de respeitar tal pacto, sem ignorar a sua existência, sua função social e seus efeitos jurídicos.

Conclusão

Como nota Larenz, com apoio em Wieacker, em consideração ao mesmo transfundo econômico e social referido por Zimmermann (ZIMMERMANN, 2008, p. 187-89), deu-se uma guinada ao direito, que passou da “*ética formal de liberdade*” para uma “*ética de responsabilidade social*” (LARENZ, 2019, p. 63), sendo isso mais evidente na vinculação social da propriedade e na própria evolução do direito de família e do trabalho, destacando a alteração do método jurídico, sobretudo de interpretação da lei e do desenvolvimento judicial do Direito, em consideração à “*jurisprudência de conceitos*”, à “*jurisprudência de interesses*” à “*jurisprudência de valoração*”²³ e da própria percep-

²³ Para um aprofundamento, veja-se LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª. ed., 1991, tradução de José Lamego, disponível em https://www.academia.edu/23142392/KARL_LARENZ_METODOLOGIA_A_DA_Ciencia_DO_DIREITO_3_a_edi%C3%A7%C3%A3o_Tradu%C3%A7%C3%A3o_de_Jos%C3%A9_Lamego. Veja-se também a recensão realizada por ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Recensão**

ção que o direito privado deve vassalagem à Lei fundamental (LARENZ, 2019, p. 73-82)²⁴.

Decorrente desta ética de responsabilidade social, vem a ser o próprio desenvolvimento do princípio da boa-fé reforçador da função social do contrato, que não pode ser visto mais como algo estranho à coletividade social.

Nos dias de hoje, como enfatiza Negreiros, fruto da pós-modernidade (NEGREIROS, 2002, p. 115), surge o princípio da boa-fé, como *cláusula geral*, de acentuado fundo social, vocacionado para realizar os valores constitucionais, que, face aos novos desafios decorrentes da sociedade em permanente mutação, deverá dele ser feito mais uso para que o Direito alcance seu fim de pacificação e conduza a sociedade ao sentido de *justo*, sobretudo através da realização dos valores morais, decorrentes das normas fundamentais da Constituição (FLUME, 1992, p. 437). Como vaticina Kaser, a cláusula geral da boa-fé "*constitui a mais importante e eficaz contribuição para o futuro do Direito*" (KASER, 1982, p. 155-6).

E bem por isso, como realçado por Farias e Rosenvald, a responsabilidade civil de terceiro decorre de uma "*solução equilibrada ao valor da justiça, harmonizando os princípios da relação do dano e da liberdade contratual, resultando em aumento da confiança nos contratos e em sua estabilidade*" (FARIAS-ROSENVALD, 2008, p. 54).

Portanto, todo aquele que violar a relação jurídica alheia, como conhecimento de sua existência, responderá pelos danos causados, haja vista atender isso ao dever geral de salvaguarda (ou proteção) inerente às relações jurídicas, como também, face a própria oponibilidade defluente das relações jurídicas, que não podem ser menoscabadas, na atual fase do direito, pelos egoísmos em desconsideração à eticidade social presente.

"metodologia da ciência do direito" Karl Larenz. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2006 - Edição de outubro de 2006, n. 1, acessível em <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistahermeneutica.pdf>

²⁴ Sobre uma análise do pensamento de CANARIS, sobretudo sobre a jurisprudência de valores, remete-se a GUHUR FRASCATI, Jacqueline Sophie P. **O sistema jurídico para aplicar o direito, segundo Canaris**. RJ: Direito e Práxis, vl. 06, n. 12, 2015, p. 37-75, acessível em file:///C:/Users/c069240/Downloads/ceaju,+2.+Frascati%20(1).pdf

Referências

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile: Il contratto**. Milano: Giuffrè, vol. III, 2001.

_____. **Diritto civile: L'obbligazione**. Milano: Giuffrè, vol. IV, 1998.

_____. **Diritto civile: La responsabilità**. Milano: Giuffrè, vol. V, 2005.

BOULANGER, Jean. RIPERT, Georges. **Tratado de derecho civil segun el tratado de planiol**. Buenos Aires: La Ley. T. IV, vol. I, s.d. tradução ao espanhol por Jorge Joaquin Llambias.

ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Henrich. **Derecho de obligaciones**. Barcelona: Bosch, t. 2º, vol. I, 2. ed., 1954.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. RJ: Lumen Juris, 3. ed., 2008.

FERREIRA, Aparecido Hernani [org.]. **O novo código civil**: discutido por juristas brasileiros. Campinas: Bookseller, 2003.

FLOUR, Jacques. AUBERT, Jean-Luc. **Les obligations: l'acte juridique**. Paris: Armand Colin, vol. I, 4. ed., 1990.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Madrid: Fundación Cultural del Notariado. T. II, 4ª ed., 1992.

FRANÇOIS, Clément. **Présentation des articles 1199 à 1202 de la nouvelle sous-section 1 Disposi-**

tions générales, La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect2/ssect1-effets-tiers-dispos-generales/>. Acessado em 25 fev. 2024.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale: le obbligazioni e i contratti**. Padova: CEDAM, vol. II, t. I, 1999.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, Volume III, 1958.

HEGEL, Georg Wilhelm Firedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, tradução de Orlando Vitorino.

KASER, Max. **Derecho romano privado**. Madrid: Reus, 2. ed., 1982.

KOLB, Robert. **Partie II. La bonne foi dans ses aspects généraux** In : *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 2000. Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/iheid/4646> ISBN : 978-2-940549-19-1. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.iheid.4646>. Acessado em 03 mar. 2024.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. **Derecho civil: parte general**. Santiago: Olejnik, 2019.

MADALENO, Rolf. **A descon sideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. RJ: Forense, 2ª. ed., 2009. ver também: **A disregard nos alimentos**. Artigo acessível em 22/02/2024: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-disregard-nos-alimentos>. Acesso em 26/02/2024.

MALAUURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent. **Droit des obligations**. Paris: LGDJ, 12. ed., 2022.

MEDICUS, Dieter. **Tratado de las relaciones obligacionales**. Barcelona: Bosch, vol. I, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilidad precontractual em el ordenamento jurídico italiano**. Em Estudios sobre el contrato en general por los sessenta años del Código Civil italiano. Lima: ARA editores, 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. RJ: Renovar, 2002.

PAULA BARRETO, Wanderlei de. **Direito das Obrigações**. Artigo compendiado a Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, 2002, p.1-7 (ou no PDF p. 140-145) - <https://www.cjf.jus.br/cjf/>

corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-ceji/i-jornada-de-direito-civil.pdf. Acessado em 23 fev. 2024.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2. ed., 1991.

PINEAU, Jean; BURMAN, Daniele; GAUDET, Serge. **Théorie des obligations**. Thémis: Québec, 4. ed., 2001.

SALOMÃO, Luis Felipe; MORAES, Luciano Oliveira de. **A necessária atualização do Código Civil no Brasil e o papel do STJ**. Consultor Jurídico, 24/01/2024, acessível em https://www.conjur.com.br/2024-jan-24/a-necessaria-atualizacao-do-codigo-civil-no-brasil-e-o-papel-do-stj/#_ftnref25. acesso em 26/02/2024.

SILVA, Roberto de Abreu e. **Hermenêutica Constitucional da Responsabilidade Civil**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. Acessível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_217.pdf, acesso em 26/02/2024.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves; CHÉNÉDÉ, François. **Droit civil: les obligations**. Paris: Dalloz, 13, ed., 2022.

TUHR, Andréas Von. **Derecho civil: teoria general de derecho civil aleman**. Buenos Aires: Depalma. Volume II, 1947.

_____. **Derecho civil: teoria general de derecho civil aleman.** Buenos Aires: Depalma. Volume III², 1948.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe.** Santiago: Olejnik, 2019.

ZIMMERMANN, Reinhard. **El nuevo derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la Historia y el Derecho comparado.** Barcelona: Bosch, 2008.

***Legal Design*: mudança de paradigma na cultura jurídica. É possível fazer os argumentos serem apreciados pelo juízo?**

Camila Modena Bassetto Ribeiro

*Advogada da CAIXA em São Paulo
Especialista em Processo Civil pela
Escola Paulista da Magistratura
Pós-Graduanda em Legal Operations:
Dados, Inteligência Artificial e
Performance Jurídica na PUC/PR*

RESUMO

Este artigo busca evidenciar a viabilidade da implementação do *Legal Design* na prática, delineando estratégias para tornar as petições jurídicas mais envolventes, e, conseqüentemente, mais favoráveis perante o juízo. Nele, é explorada a origem desse campo de conhecimento, oferecendo perspectivas valiosas sobre sua aplicação otimizada, com destaque para os benefícios e os possíveis desafios.

Palavras-chave: *Legal Design*. *Visual Law*. Experiência do usuário (UX). *Design Thinking*.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the feasibility of applying *Legal Design* in practice, outlining strategies to make legal petitions more engaging and, consequently, more favorable to the court. It delves into the origin of this field of knowledge, offering valuable perspectives on optimizes application, highlighting benefits and addressing potential challenges.

Keywords: *Legal Design*. *Visual Law*. UX experience. *Design Thinking*.

“Quem só direito sabe, nem direito sabe”¹

Introdução

A vida em sociedade é intrinsecamente ligada à evolução da humanidade como espécie. Sendo um animal tão vulnerável ao ambiente, foi a cooperação o motor central de sobrevivência e expansão dos humanos sobre a Terra. Entre as adaptações sociais, o direito surge como fonte criadora de regras de conduta com caráter obrigatório para sua organização (Mello, 2003, p. 6).

O direito, como fenômeno linguístico, entre tantas outras definições, evolui em conjunto com a sociedade. Vê-se assim que, na sociedade grega antiga, *diké*, a deusa da Justiça, representava o poder de equilíbrio na sociedade, com o sentido mais ligado à ideia de “dar a cada um o que é seu” (Ferraz Jr, 1998, p. 32), enquanto o IVS (*jus*) romano de Celso era entendido como “a arte do bem e do justo” (Moreira Alves, 1998, p. 76), até chegar aos dias atuais em que se discute o direito à imagem de antecessor falecido, quando essa imagem é recriada por inteligência artificial (Canhadas Filho & Brito, 2023).

A sociedade em rede na qual estamos inseridos hoje, hiperconectada, não teria como não repercutir no mundo jurídico a transformação digital que já chegou e cobra dos profissionais de direito do século XXI uma adaptação (Faleiros Jr, 2023, p. 75-76). Já não é mais possível advogar atualmente da mesma forma que se fazia 15 anos atrás. O Direito 4.0 é uma realidade que se impõe.

E, no meio dessa revolução tecnológica, são as habilidades mais humanas, como a criatividade e a empatia, que nos fortalecem e se tornam imprescindíveis para remodelar o pensamento jurídico e atualizá-lo. O *Legal Design* se insere nesse contexto, como competência fundamental e revolucionária ao operador do direito que – sem abandonar conceitos dogmáticos e mantendo os estudos em dia – estiver aberto a novos conhecimentos e pensamentos, a novos saberes úteis aos seus serviços.

¹ Essa citação normalmente é atribuída a Pontes de Miranda, jurista genial e prolífico autor de diversas obras jurídicas. Apesar de fazer muito sentido que tenha sido proferida por ele, vez que além de jurista era poeta, matemático, filósofo e sociólogo, não localizei nenhuma fonte confiável que atribuisse a ele a citação, e decidi mantê-la apócrifa, dada a repetição por diversas outras pessoas ao longo dos anos e a pertinência com o tema.

1 Direito como linguagem

Desde as primeiras formas de organização humana na pré-história, as relações sociais dentro dos grupos baseavam-se em cooperação mútua, sendo imprescindível para a sobrevivência dos indivíduos a conexão que se expandiu com a evolução da linguagem (BBC News Brasil, 2019).

A comunicação dos indivíduos para a cooperação com outros humanos desenvolveu a linguagem, inicialmente oral e posteriormente escrita, para esse complexo conjunto sistematizado de signos (Tomé, 2017, p. 2), que foi se especializando e se diferenciando em várias linguagens (e línguas).

Como Michel Maffesoli astutamente observou (Maffesoli, 2003, p. 13), a comunicação é o cimento social que une a sociedade. Nesse sentido, comunicação é a ligação, o relacionamento, o que remete às origens da palavra, trazendo a ideia de comunhão e compartilhamento:

Talvez eu fale tão pouco de comunicação porque para mim essa noção está implícita na socialidade. **A comunicação é a cola do mundo pós-moderno.** Dito de outra forma, a comunicação é uma forma de reencarnação desse velho simbolismo, simbolismo arcaico, pelo qual percebemos que não podemos nos compreender individualmente, mas que só podemos existir e compreendermo-nos na relação com o outro. Nesse sentido, a ideia de individualismo não faz muito sentido, pois cada um está ligado a outro pela mediação da comunicação. O importante é o *primum relationis*, ou seja, o princípio de relação que me une ao outro. (grifamos) (Maffesoli, 2003, p. 13).

Nesse contexto, não há como escapar à ideia de que a organização primitiva dos grupos sociais pré-históricos (clãs, tribos) criou sistemas – ainda que simples – de regras para a melhor convivência, ligando o direito² à própria origem das sociedades e da comunicação, entrelaçadamente.

Antes mesmo da codificação formal de regras, os signos e símbolos de normas prescritivas desse proto-direito estavam presentes nas sociedades primitivas como tentativa de estabelecer

² Aqui, é usado o termo como ordenamento normativo (Bobbio, 1998, p. 349).

uma ordem à organização da vida social, a qual é imanente à vida em coletividade (Dallari, 1996, p. 3-5).

Segundo a teoria comunicacional, o direito, como sistema comunicacional, se manifesta como linguagem, criando a própria realidade (tornando *real* o que é convertido pela linguagem jurídica) (Tomé, 2017, p. 12-13).

2 Tecnologia e seu uso no Direito

Simultaneamente à organização social, desenvolvida pela comunicação, criadora de conexão dos indivíduos, o ser humano sempre buscou a facilitação de seu trabalho³. Desde a invenção e utilização pelo *Homo Erectus* da pedra talhada como instrumento cortante, as ferramentas criadas pelos nossos antepassados foram desenvolvidas a partir de elementos existentes na natureza, mas com técnicas criadas a partir desse momento (Veraszto, da Silva, Miranda, & Simon, 2009, p. 22).

A tecnologia⁴ humana tem, desde então, evoluído exponencialmente até chegarmos no ponto atual da sociedade, em que fotos de pessoas que não existem, vídeos que nunca foram gravados pelas pessoas que aparecem nas imagens, livros inteiros e diversas outras criações não são feitas por seres humanos, mas por algoritmos utilizados pelos softwares de Inteligência Artificial (PUCRS online, 2023).

A inovação tecnológica e a transformação digital acabam por dividir a sociedade em dois enormes grupos – e não é diferente no meio jurídico, como bem apontou Margaret Hagan (*Law by Design*, 2017). De um lado, profissionais que resistem às inevitáveis mudanças no mundo jurídico, buscando a manutenção de um *status quo* seguro e conhecido; de outro, profissionais que abraçam as novidades proporcionadas pela exponencial criação de novas ferramentas desses tempos modernos sem questionamento e, muitas vezes, acreditam na prescindibilidade do fator humano.

³ Aqui utilizado no sentido mais amplo de tarefa, não se olvidando de sua etimologia que provém de instrumento de tortura romano.

⁴ “A palavra tecnologia provém de uma junção do termo tecno, do grego techné, que é saber fazer, e logia, do grego logus, razão. Portanto, tecnologia significa a razão do saber fazer (RODRIGUES, 2001). Em outras palavras o estudo da técnica. O estudo da própria atividade do modificar, do transformar, do agir (VERASZTO, 2004; SIMON et al, 2004a).” in (Veraszto, da Silva, Miranda, & Simon, 2009), p. 21.

Assim como não é mais possível imaginar nossas vidas sem nossos smartphones, não há como evitar a transformação digital na atual sociedade contemporânea. Em tempos de contratos por mensagens de WhatsApp, ou com um mero toque de ACEITAR na tela dos nossos celulares, tentar manter a forma de atuar de tempos antes do processo eletrônico é inimaginável e contra-producente.

O direito como fenômeno e ciência social é atravessado pelas mudanças da sociedade, ainda que responda mais lentamente e com resistência, muitas vezes. Assim, é inegável que a revolução tecnológica ocorrida na sociedade alcançou o mercado jurídico. O Direito 4.0, como vem sendo chamado por alguns operadores, permitiu agilizar os processos manuais e automatizar as tarefas repetitivas em diversos escritórios (Feigelson, Branco, & Moreira, 2023, p. 46-47).

A Inteligência Artificial já é usada no Poder Judiciário e por vários escritórios de advocacia, principalmente como ferramenta de pesquisa, revisão e, fundamentalmente, para otimização de processos, concentrando as tarefas mais criativas para os humanos e delegando as mais repetitivas para as “máquinas” (Siqueira, 2020).

As ferramentas tecnológicas – como quaisquer outras – apresentam riscos e problemas na sua utilização, obviamente⁵. Por isso, é imprescindível que as conheçamos e saibamos utilizá-las a nosso favor. Não basta, portanto, usar a tecnologia mais moderna se essa não servir ao propósito de facilitar o trabalho do operador do direito.

3 Surgimento do *Legal Design*

Nesse contexto surge o *Legal Design*, metodologia por meio da qual se utiliza da forma de pensar do *designer* aplicada à prática jurídica. Utilizando-se de ferramentas como o *design thinking* e mudando o foco da atuação do operador do direito para a experiência do usuário (UX), o *Legal Design* objetiva, como campo, modificar a cultura jurídica para uma abordagem humano-centrada (Hagan, 2017).

⁵ Não é o objetivo deste artigo discorrer sobre os evidentes perigos das IAs, os quais já estão sendo discutidos por renomados especialistas e deve-se tê-los em mente, mas, sabendo dos riscos, utilizar a IA na forma de, seguindo toda a evolução humana, ferramenta, útil para economizar tempo de trabalho.

O *design*⁶, como área do conhecimento criada para elaboração de projetos, tendo em sua gênese o foco principal no usuário, traz ao direito um novo olhar, mais fresco e preocupado com a prática e com as pessoas envolvidas.

Assim, a usabilidade, a preocupação em **COMO** fazer, trazida pelo *designer*, se alia ao **O QUE** fazer, trazida pelo operador do direito. O *design* se concentra nas mudanças de abordagem práticas da mudança, além de clarear a aplicação da norma, pois torna as pessoas (usuários) o centro principal de seu foco (Hagan, 2017).

Mais do que figurinhas ou cores que se acrescentam sem critérios em uma peça – confusão comum, visto a tendência do *Visual Law*⁷ ter sido difundida de forma muitas vezes equivocada e sem a estrutura metodológica do *Legal Design* – o cerne aqui é a mudança de paradigma, com a compreensão que a comunicação jurídica deve ser eficaz (Medeiros, 2023, p. 149-150), isto é, a recepção da mensagem deve ser integralmente compreendida pelo usuário receptor, seja julgador ou contratante.

Esse é um ponto importante e muito questionado por quem ainda não conhece e não entende o *Legal Design*. Os críticos apontam o método como uma criação apenas estética (Nybø, 2023, p. 4), em que há uma preocupação em deixar os documentos mais coloridos ou com mais imagens, o que não poderia estar mais longe da verdade.

⁶ “Design é um vocábulo de importação muito recente na língua portuguesa, começando a ser empregado no Brasil a partir da década de 1960. É sinônimo de desenho industrial, termo utilizado nos meios educacional e jurídico como designação técnica, respectivamente, da profissão e do tipo de propriedade intelectual por ela gerada. De modo geral, design refere-se à concepção e à elaboração de projetos, tanto para a fabricação de artefatos industriais quanto para a configuração de sistemas de interação entre usuários e objetos. Sua origem imediata está na língua inglesa, mas sua etimologia remonta ao latim *designare*, do qual derivam duas palavras bem mais conhecidas: *desenhar* e *designar*. O trabalho do *designer* (o profissional que faz *design*) abarca ambas essas ações, em seu sentido mais amplo: o de representar conceitos através de algum código de expressão visual e o de conjugar processos capazes de dar forma a estruturas e relações.” in (Cardoso).

⁷ Apesar de muitos confundirem, o *Visual Law* é apenas um subtipo dentro do *Legal Design*, mais focado na estética e arquitetura jurídica dos documentos, com atenção especial à tipografia, cores, distribuição de texto, pictogramas e outros detalhes, o *Visual Law* não define nem limita o *Legal Design*.

4 O acesso à Justiça e o aumento da litigiosidade no Brasil

Um contrato de aluguel, uma contestação e um mandado judicial têm usuários completamente distintos, devendo o profissional que o elabora adaptar o documento para quem o irá receber. Por óbvio que adaptar os documentos para o *Legal Design* não significa retirar-lhes sua juridicidade. Termos técnicos podem e devem ser utilizados, levando-se em conta, porém, o receptor do conteúdo jurídico.

Uma dissertação de mestrado e uma petição inicial não podem e não devem se parecer, apesar de ser muito comum vermos petições de mais de 100 páginas. Enormes trechos de textos colados e copiados de jurisprudência e citações doutrinárias, que não sejam absolutamente necessárias e pontuais, alongam a peça e tornam a leitura enfadonha e maçante, além de distanciar o julgador de um real entendimento do argumento defendido. Há diversos casos em que os juízes determinam que a peça seja reescrita, dada a extensão da peça (Fuccia, 2020).

Sem fazer juízo de valor, nesse ponto é interessante notar que o aumento do volume de processos que tramitam nas diversas varas comuns e especializadas do país, nos últimos anos, é evidente pela simples comparação dos relatórios Justiça em Números do CNJ (CNJ, 2024)⁸.

Conforme dados do Relatório de 2024, vê-se que o Poder Judiciário encerrou o ano de 2023 com 82.649.057, sendo que, no ano de 2019, havia encerrado o ano com 71,1 milhões de processos⁹ em tramitação, ou seja, em apenas 4 anos aumentaram em volume 10 milhões de processos. Mesmo se observamos os dados de entrada e saída em 2023, é nítido que a conta não fecha, e a litigiosidade crescente da sociedade brasileira vem cobrando seu preço:

Dados até 31/12/2023			
Pendentes em 31/12/2023		Entradas em 2023	
82.649.057		34.140.521	
Suspensas e arquivadas prec.	Pendentes liquidadas	Novos	
18.272.504	64.376.553	31.872.289	
Concluídos em 31/12/2023		Saídas em 2023	
13.775.771		33.545.120	
Para julgamento	Outros	Mais de 100 dias	
3.353.334	10.422.437	6.784.259	
		Retardados	

Figura 1 - Trecho do Relatório Justiça em Números 2024 do CNJ

⁸ <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>.

⁹ Informação de 2020 disponível em (Lois, 2022, p.145).

Os dados comprovam o que todos os atores do sistema jurídico contencioso sentem na prática no dia a dia: o aumento exponencial de ações desde a implantação dos sistemas de tramitação eletrônica dos processos. Com o acesso à justiça facilitado, mais e mais usuários têm se utilizado do Poder Judiciário, sobrecarregando o sistema já quase no limite.

Por óbvio que a solução do problema não é simples, e o acesso à Justiça deve ser comemorado como uma grande conquista democrática. Aqui só se está apontando o óbvio, o sistema litigioso não vive em modelo sustentável.

5 O usuário nas petições jurídicas: o que pensam os juízes?

Nessa linha, conforme pesquisa¹⁰ realizada pelo grupo **Visual Law** (Souza, 2023, p. 185-195) em 2020, com juízes federais, foram apontados como os 3 maiores problemas das peças jurídicas: a argumentação genérica, a redação prolixa e o número excessivo de páginas:

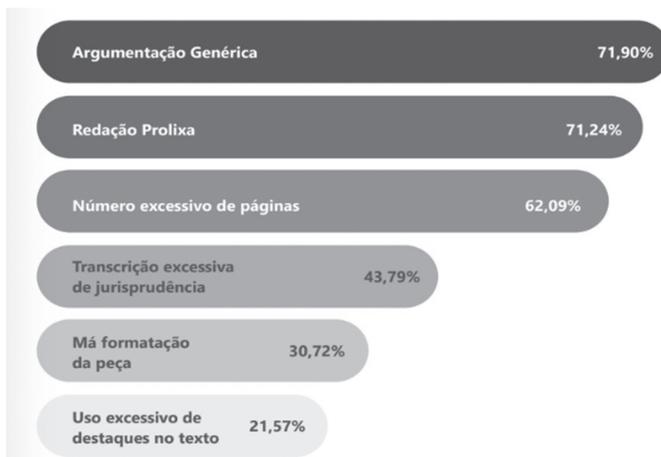


Figura 2- Gráfico da Pesquisa feita com juízes federais. Resposta à pergunta: Qual o maior problema das petições atualmente?

¹⁰ Também disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/vi/visulaw-pesquisa.pdf>. Acessado em 29/02/2024. Importante aqui o alerta de que, ainda que a metodologia aplicada (*survey* – pesquisa simples enviada por formulário que a pessoa responde diretamente por escolha) e o N utilizado (apenas 153 juízes/assessores responderam o formulário) não tenha a representatividade necessária a expandir sua interpretação a toda a Magistratura Federal, ela permite ter um relance da visão dos juízes no tocante ao tema.

Por outro lado, o que agrada aos julgadores e torna as peças mais interessantes à análise são justamente os objetivos alcançados quando se aplica o *Legal Design*: redação objetiva (linguagem simples), boa formatação da peça (arquitetura da peça e tipografia jurídicas), combinação de elementos textuais e visuais:

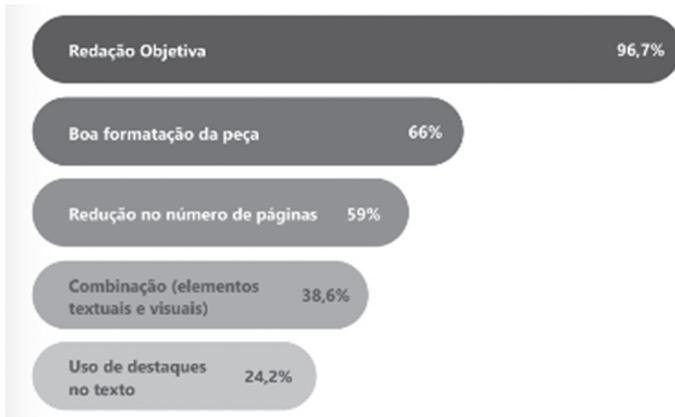


Figura 3 - Gráfico da Pesquisa feita com juizes federais. Resposta à pergunta: O que torna uma petição mais agradável à leitura e análise?

Vê-se, assim, que, ao mudarmos o foco da peça para o USUÁRIO – sem esquecer os usuários extremos¹¹ –, a primeira pergunta que deve ser feita antes de se iniciar uma petição é: como ela vai ser lida pelo juízo? O primeiro ponto de *Design Thinking* – ferramenta utilizada pelo *Legal Design* – deve ser aplicado aqui: **CONHECER O USUÁRIO** (Leonel & Lima, 2023, p. 15-18). Pesquisas como as feitas anteriormente auxiliam muito antes de se definir como será o documento.

Claro que há de se reconhecer certa tradição no meio jurídico brasileiro em que boa parte de profissionais redige suas peças em linguajar – supostamente técnico – antiquado, recheado de ornamentações e outros artifícios, resultando em textos herméticos, confusos, prolixos, travestidos de eruditos, o já famoso “juridiquês” (Granja & Reis, 2022, p. 70).

¹¹ Segundo a metodologia do *Design Thinking*, a forma de pensar do *designer*, entre a pesquisa para entender mais sobre o usuário, devem ser considerados também os usuários extremos, ou seja, os que fogem bastante da média. A partir desses extremos, muitas vezes são pensadas as soluções mais criativas, vez que suas necessidades e obstáculos podem ser propulsores para o desenvolvimento de facilidades que não seriam testadas.

Com a intenção de passar credibilidade e conhecimento, tornam o documento longo, enfadonho e o mais distante possível de um argumento com reais chances de ser lido e apreciado. Afinal, considerando o volume de texto que um magistrado – e seus assessores – deve ler todos os dias, não é tornando a peça uma defesa de tese de doutorado – por mais bem escrita que esteja – que irá fazer o argumento ser lido pelo julgador.

Assim como você desiste de prestar atenção em um livro ou filme chato, mal articulado, com roteiro cansativo, repetitivo ou irrelevante, o julgador também deixa de prestar a “atenção consciente” se a manifestação (escrita ou oral) for enfadonha. O julgador passa ao “piloto automático”. **O bom argumento perde tração cognitiva se demorar muito a comparecer**, tendo em vista o esforço necessário até chegar ao ponto em que “ganha corpo”. **A consequência disso é a dispersão da potência em ato do argumento**, isto é, ainda que com peso de mudar a decisão, pela forma com que foi apresentado, deixa de ser relevante. Grifamos. (Rosa, 2022, p. 27)

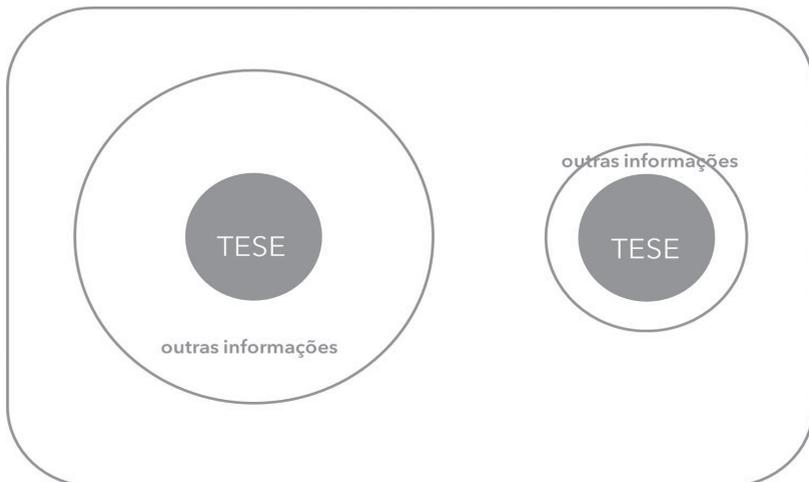


Figura 4 - Quadro comparativo mostra força do argumento em peças concisas. Baseado em aula de Júlio Xavier (Tipografia Jurídica), feito pela autora

O excesso de informações em peças longas tem potencial de fazer passar despercebidas as teses principais. O contrário ocorre

em peças objetivas. A concisão e a objetividade da peça trazem muito mais impacto na argumentação, vez que a tese é fácil de ser visualizada por completo.

6 Linguagem simples: fundamento do *Legal Design*

Assim, uma das primeiras etapas de adaptação de um documento para o *Legal Design*, utilizando a perspectiva e o foco do usuário¹², é “traduzi-lo” para a LINGUAGEM SIMPLES (*plain language*). Veja-se que isso não é retirar a tecnicidade do texto, mas utilizar uma técnica de comunicação em que o receptor da mensagem localize de forma rápida e eficaz o conteúdo, sem precisar ficar relendo o documento. “O texto pode, ao mesmo tempo, ser técnico, conciso e claro” (Tesheiner, 2022, p. 115).

A experiência do usuário – considerando a *persona*¹³ criada, não cada um dos usuários especificamente – na elaboração dos documentos jurídicos, especialmente as peças processuais, é o foco no *Legal Design*, devendo focar a comunicação textual da forma mais acessível, clara e prática, utilizando o *legal designer* para realizar tal feito, a simplicidade, a objetividade e a empatia (Telles, 2023, p. 240-241).

De acordo com a Associação Internacional de Linguagem Simples (PLAIN), “uma comunicação está em linguagem simples quando o texto, a estrutura e o design são tão claros que o público-alvo consegue encontrar, compreende e usar facilmente a informação que procura” (Buosi, Caravina, & Takush, 2022, p. 253).

É relevante apontar que, considerando que o público-alvo das petições jurídicas não é de usuários leigos – ao contrário, trata-se de usuários altamente capacitados juridicamente – a linguagem simples a ser utilizada nesse caso não será a mesma de um mandado judicial ou de uma procuração *ad judicium*, por exemplo, documentos voltados para o usuário leigo.

¹² E aqui reforçamos, para trabalhar o foco no USUÁRIO, são excelentes as ferramentas de DESIGN THINKING, porém, como não é o foco deste artigo, não iremos nos alongar nesse ponto.

¹³ A *persona* é ferramenta utilizada pelo *Design Thinking*, a partir de pesquisa com os usuários, após a definição do problema, sendo uma criação de um usuário “padrão”. A partir da *persona*, será desenvolvido o protótipo, pensando-se nesse usuário inventado e utilizando-se de suas características e mapa emocional como base para o projeto.

E isso se enquadra exatamente em toda a metodologia do *Legal Design*, pois o **USUÁRIO** daquele produto/serviço é o ponto central da atenção do *legal designer*, sendo todo o raciocínio da prototipagem elaborado com base nele.

Desse modo, a linguagem simples pode – e deve – ser aplicada nas peças jurídicas, não perdendo a sua tecnicidade nem juridicidade. Como explicitado anteriormente (item 6), os problemas e as necessidades do juízo têm relação com a quantidade excessiva de páginas, excesso de transcrições, redação prolixa, tudo que é melhorado quando se aplica a linguagem simples.

Efetivamente, complica muito a atividade do juiz quando as petições são demasiadamente extensas, com desnecessárias citações de jurisprudência, muitas vezes contidas em grandes blocos de texto sem qualquer divisão de tópicos e subtópicos (Tesheiner, 2022, p. 118).

Além disso, devemos lembrar que, embora a petição seja dirigida ao julgador, na forma como é estruturado o Poder Judiciário brasileiro, em muitas das vezes ela é lida por servidor ou até mesmo por estagiário, sendo que esses usuários também devem compreender todo o documento, pois é a defesa do direito do cliente que precisa ser apreciada integralmente (Tesheiner, 2022, p. 119).

7 Arquitetura da peça

Aliada à comunicação mais clara e objetiva possível e no meio do caminho entre a linguagem simples e os elementos visuais da peça, o *legal designer* deve focar sua atenção em dois pontos importantes: a distribuição dos elementos no documento (arquitetura jurídica da peça) e a aparência da linguagem escrita (tipografia jurídica).

A arquitetura da peça é raciocínio dos mais importantes na construção do documento, pois o criador do documento pode direcionar e até modificar o padrão de leitura do usuário quando, por exemplo, opta por dividir em tópicos/blocos a peça e traz o argumento mais relevante para o topo da página.

É comum atribuir-se a Einstein a frase: *“Se eu tivesse 60 minutos para resolver um problema, passaria 55 minutos pensando sobre o problema e 5 minutos pensando na solução”* (tradução livre). E ainda que não seja comprovada a autoria da passa-

gem, essa citação nos passa um ponto valioso na criação das peças jurídicas com a técnica do *Legal Design*: **o foco no problema.**

Descobrir o ponto central da tese a ser defendida em juízo não é tão simples quanto parece, apresentá-lo ao juízo de forma clara e objetiva, menos ainda. A estruturação do pensamento condutor na argumentação tem de estar bem definida para, então, dividi-la em blocos menores na página para facilitar a leitura.

Os blocos/tópicos funcionam como pontos de atenção (*jumping points*), em que a atenção do leitor, ao captar a mensagem central de um bloco, já pode “pular” para outro. Por isso é importante também os blocos serem curtos e, caso não seja possível, pensar-se em uma subdivisão com subtítulos, caixas de texto ou outras formas de organizar o documento.

Os parágrafos devem ser simples, curtos e objetivos, um para cada ideia. O excesso de informações em um único parágrafo dificulta a compreensão do texto.

Listas e marcadores (*bullet points*) auxiliam muito para que a informação chegue de modo mais agradável ao usuário.

Outro ponto que ajuda o *legal designer* e torna a leitura do documento pelo usuário muito melhor – especialmente se de forma digital – é a utilização dos estilos no *Word* (estrutura em tópicos – Título 1, Título 2, Título 3).

Além de facilitar a elaboração do documento (especialmente quando se utiliza o Painel de Navegação), a partir da estrutura em tópicos pode ser criado – automaticamente – um sumário, o que torna os documentos, em especial os mais longos, muito mais amigáveis. E isso não se perde na conversão para o formato *pdf* para protocolo eletrônico, basta usar a modalidade “Exportar para publicação”.

O sumário auxilia a visualização integral da estrutura do documento e, quando digital, com a disponibilização de *hiperlinks* que permitem a navegação direta à seção de interesse, melhora ainda mais a experiência do usuário, que pode escolher o que irá ler sem ter que rolar toda a tela até encontrar.

Além desses benefícios, essa forma de utilização traz mais acessibilidade ao documento, uma vez que a hierarquia, quando a formatação utiliza a estrutura de tópicos, é informada pelo leitor de tela a um usuário cego, que não teria como percebê-la caso os estilos não fossem utilizados (Criando Documentos Digitais Acessíveis, 2020, p. 13).

Outro ponto fundamental, que pode parecer contraintuitivo, ainda mais se pensarmos na estrutura de pensamento jurídico-processualista, é a aplicação da técnica da pirâmide invertida, ou seja, iniciar a peça pelo argumento de defesa mais importante (ou mais forte) (Tesheiner, 2022, p. 121).



Figura 5 - Pirâmide de argumentos da peça. Elaborada pela autora com base em (Tesheiner, 2022)

Essa técnica, empregada normalmente pela imprensa, faz uso de padrões percebidos pela psicologia comportamental que demonstram como captar a atenção do leitor logo no início do texto, com o chamado *lead* da notícia – a cabeça do texto, por assim dizer – logo após o título, um resumo rápido e eficiente que explique o problema (Manual de Redação do Estadão).

8 Tipografia Jurídica

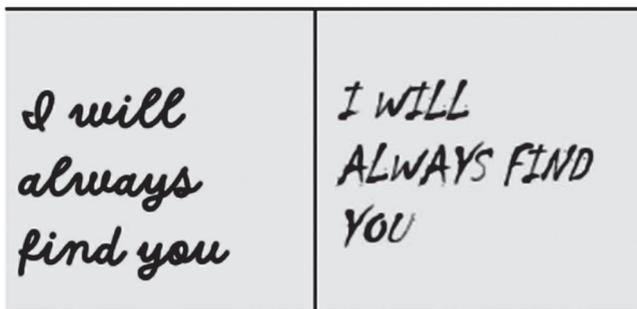


Figura 6 - Quadro que mostra a diferença do mesmo texto quando mudam as fontes. Fonte: (Suh, 2023)

Passada a revisão do texto pela linguagem simples, estando clara e objetiva, os próximos passos são a formatação da peça e a definição do seu *layout*. Pode parecer banal a escolha da fonte a ser utilizada no documento jurídico, mas, ao contrário do que se costuma difundir, só o conteúdo não basta, é necessário que a forma dê contorno e apresente seu conteúdo da melhor maneira possível. “O ponto é: um texto, como discurso, pode ter o mesmo conteúdo, mas mensagem diversa, dependendo da escolha da forma de apresentação (Xavier & Finelli, 2023, p. 114).”

Uma boa comparação para quem ainda não acredita na importância das fontes para a leitura é pegar um mesmo discurso lido por duas pessoas. A primeira, com oratória excelente; a segunda vez, lida por alguém que lê aos solavancos. Ainda que seja o mesmo conteúdo, provavelmente a plateia não reagirá da mesma maneira (Xavier & Finelli, 2023, p. 114).

Evidente, assim, que a forma como se apresenta a peça pode oferecer mais ou menos conforto ao leitor. O tipo da fonte (com ou sem serifa¹⁴, por exemplo), o tamanho da fonte, o peso da fonte (relação entre espessura e altura), o espaço entre linhas, as margens, o comprimento das linhas, o contraste, tudo influi na experiência do usuário.

Além disso, eventuais ruídos e poluição visual no texto são obstáculos à melhor experiência possível do usuário. Ainda há que se pensar no suporte em que serão lidos, vez que a mesma fonte impressa ou na tela produz sensações completamente diferentes.



Figura 7 - Quadro de fontes com e sem serifa. Fonte: (Alves, 2019)

As fontes com serifa ficam mais bem impressas, pois elas acabam quase que se juntando na impressão do texto, dando con-

¹⁴ Serifa é como se chama no design gráfico o traço ou barra que aparece nas extremidades das letras (Alves, 2019).

forto visual pela sensação de continuidade, o que torna o texto menos cansativo aos olhos. É exatamente o contrário na tela, em razão da ausência de resolução, o que torna as fontes serifadas mais cansativas quando se lê no monitor (Alves, 2019). As fontes sem serifa também são consideradas mais acessíveis pela “limpeza” da aparência (Tipos de fonte e acessibilidade digital, 2019).

9 Elementos visuais: *Visual Law*

Muitas vezes confundida com o *Legal Design*, essa subárea se utiliza dos princípios da comunicação visual e de diversas ferramentas para apresentar o conteúdo ao usuário, aproveitando-se do impacto cognitivo dessas ferramentas, as quais podem ser usadas como elemento-chave na virada de decisão, persuadindo o julgador (Centeno, 2022, p. 135).

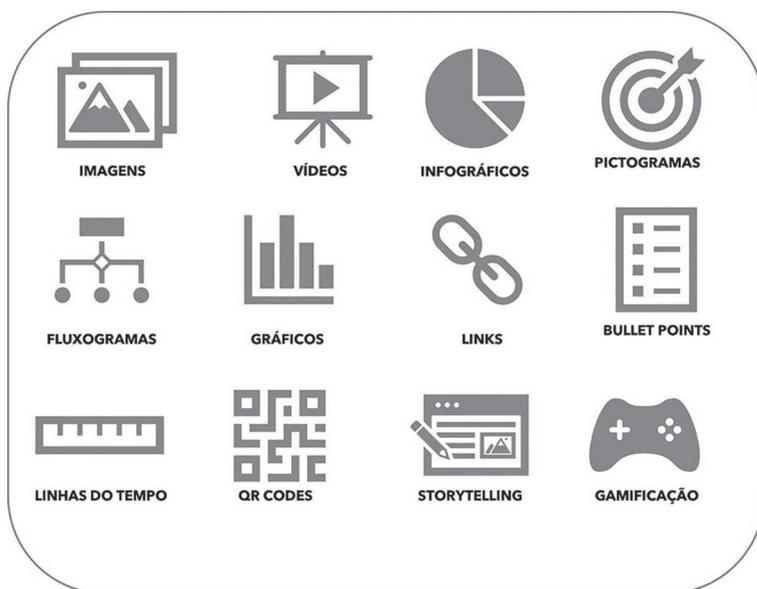


Figura 8 - Caixa com pictogramas representando ferramentas de Visual Law. Criação da própria autora

Nas palavras de SHERWIN (2014, p. xxxiii), o impacto da comunicação visual é diferente do impacto das palavras sozinhas. A eficácia da representação visual tem relação com a resposta cognitiva e emocional que as imagens causam, o que é estudado por vários campos da ciência, pois as imagens envolvem o espectador, trazendo sensações vívidas. Segundo ele, “*As emoções aumentam a crença. Na medida em que as imagens amplifi-*

cam a emoção além da eficácia do texto, elas tendem a ser mais atraentes¹⁵ (p. xxxiii)”

As imagens podem transmitir mais informações que as palavras de forma muito mais concisa, pois *“Quando as pessoas reconstroem ‘imagens mentais’, seus pensamentos são deflagrados conforme lhes é exigido pela tarefa e pela situação respectiva”* (de Souza, 2023, p. 102). Em outras palavras, as imagens trazem simplicidade e clareza a textos muitas vezes complexos.



Figura 9 - Imagem sobre como incluir texto alternativo no word - TEXTO ALT – Fonte: (Tribunal de Contas da União, 2020)

Importante lembrar nesse ponto é a questão da acessibilidade às pessoas com deficiência visual, utilizando as ferramentas já existentes, tais como a ferramenta de texto alternativa (Painel de texto ALT no *Word*) ou, ainda, a descrição das imagens em notas de rodapé. Isso porque a maior parte dos leitores de tela para pessoas cegas não consegue ler conteúdo de imagem (Criando Documentos Digitais Acessíveis, 2020, p. 13-14).

10 Benefícios da aplicação do *Legal Design* em documentos jurídicos

Fica evidente que, após a revisão do texto e sua adaptação em linguagem simples, dividindo-o em seções, conforme a melhor arquitetura para a peça e utilizando a tipografia jurídica e elementos visuais adequados, o documento jurídico torna-se muito mais agradável à leitura do usuário.

Pesquisa realizada pelo BitsAcademy em 2020¹⁶ (Maia, Nybø, Henriques, & Cabral, 2020, p. 1-10) avaliou o padrão de leitura

¹⁵ Em tradução livre do original.

¹⁶ A pesquisa foi feita com 463 voluntários anônimos, divididos em 20 estados diferentes, cobrindo as 5 macrorregiões brasileiras. Os voluntários foram divididos em 3 grupos: 1) GRUPO CONTROLE – representando o comportamento comum dos usuários de documentos jurídicos e serviu como base de comparação para as análises dos outros grupos; 2) GRUPO DE ADVOGADOS

de documento jurídico tradicional, tendo ficado evidenciado que há poucas interações nesses tipos de documento, enquanto nos documentos em que se aplicam as técnicas de *Legal Design* há um grau muito maior de interação¹⁷.

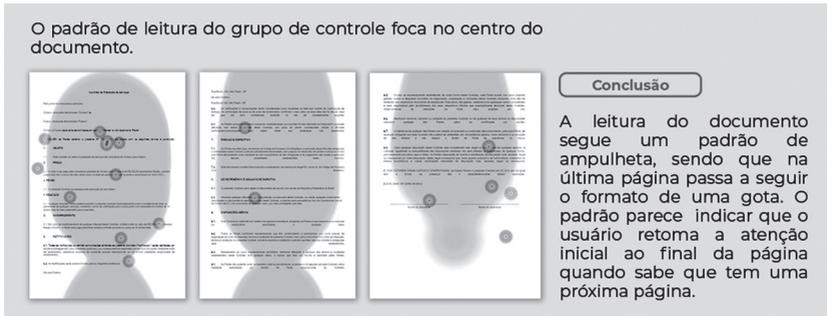


Figura 10 - Imagens da pesquisa do padrão de leitura do grupo de controle

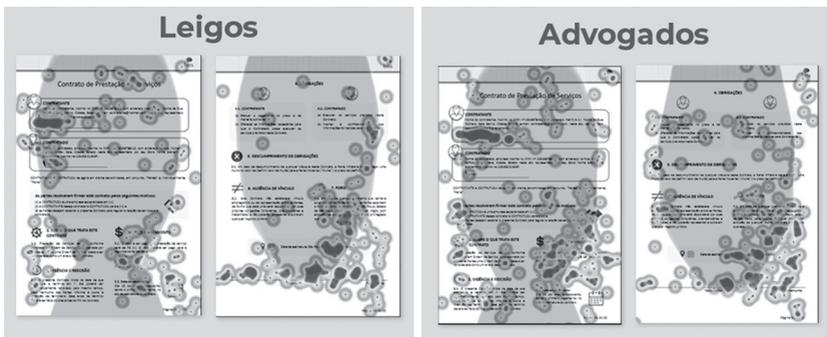


Figura 11 - Imagens da Pesquisa de padrão de leitura de documentos com recursos de Legal Design

Provavelmente, essas interações estão relacionadas ao grau de atenção das pessoas durante a leitura, e, embora não tenha havido tal comprovação na pesquisa, verifica-se a discrepância nos padrões entre os tipos de documentos analisados (Nybø, 2023, p. 9-12).

– representando o grupo que cria documentos jurídicos e 3) GRUPO DE LEIGOS – representado por diversas profissões (exceto jurídicas), representando a maior parte dos usuários de documentos jurídicos.

¹⁷ Essas interações são medidas por meio de mapas de calor que analisam os padrões de cliques e movimentos com o mouse/teclado. (Nybø, 2023, p. 9-12)

Conclusão

Para aplicar o *Legal Design* em petições dirigidas ao juízo, os advogados devem se lembrar que, além do **CLIENTE** cujo interesse se defende, o **USUÁRIO** dos documentos é o juízo. Para resolver o problema apresentado, tem-se que traduzir as necessidades do cliente de forma que o usuário (JUÍZO) compreenda. Afinal, “*Uma boa experiência do serviço jurídico precisa oferecer muito mais do que o Direito*” (Feigelson, Branco, & Moreira, 2023, p. 51).

Diferentemente de outros produtos ou serviços jurídicos, uma petição jurídica para um caso concreto não pode passar pela testagem em todas as fases de criação. Não seria viável, por exemplo, dentro do prazo judicial, fazer uma petição e mandar para o juízo (usuário) avaliar a sua usabilidade e, após devolutiva, apresentá-la novamente. Isso não impede, entretanto, especialmente nas peças mais padronizadas, utilizar-se das ferramentas do *Design Thinking* e lembrar do ciclo de prototipagem e testagem do documento, sempre tentando melhorar os documentos criados.

A partir de novo modelo mental e fazendo uso de ferramentas do Direito, de Tecnologia e do Design, o *Legal Design* se apresenta como revolução na forma de produzir documentos jurídicos (entre tantas outras possibilidades).



Figura 12 - Diagrama de Venn do Legal Design por Margaret Hagan em Law by Design. Tradução própria

Mais do que peças bonitas esteticamente, o foco aqui é a experiência do usuário (juízo): trazer conforto e usabilidade nas petições para que o objetivo principal da peça – defesa da tese do cliente – seja plenamente atingido.

Referências

- ALVES, Júnior. **FONTES - Com Serifa e sem Serifa**. 03/03/2019. Disponível em: <https://medium.com/@junioralves_11958/fontes-com-serifa-e-sem-serifa-2cfa6a083952> Acesso em 01/03/2024.
- BBC News Brasil. **Quando e por que os humanos começaram a falar?** 27/06/2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/curiosidades-48757500#:~:text=A%20real%20origem%20da%20linguagem,de%20anos%22%2C%20diz%20Tallerman>>. Acesso em 26/02/2024.
- BOBBIO, Norberto. verbete Direito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11. ed., Vol. 1. Brasília: Editora UnB.
- BUOSI, Ana Paula Assis; CARAVINA, Maria Fernanda Dantas; TAKUSH, Silvia Mayumi Nishimura. Linguagem simples: primeira camada da informação jurídica no Visual Law. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law - Como os elementos visuais podem transformar o direito**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2022.
- CANHADAS FILHO, Gilberto; BRITO, Ana Carolina Ferreira de Melo. A inteligência artificial e os limites no uso do direito de imagem. 18/07/2023. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/390067/a-inteligencia-artificial-e-os-limites-no-uso-do-direito-de-imagem>> Acesso em 29/02/2024.
- CARDOSO, Rafael. O design gráfico e sua história. (s.d.). Disponível em: <<https://docente.ifrn.edu.br/carlosdias/informatica/programacao-visual/o-design-grafico-e-sua-historia>> Acesso em 24/02/2024.
- CENTENO, Murillo Heinrich. O Impacto dos Recursos Visuais no Âmbito Jurídico. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law - Como os elementos visuais podem transformar o direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2022.
- CNJ. Justiça em Números. 2024. Disponível em: <<https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/>> Acesso em 24/02/2024.
- CTA - Centro Tecnológico de Acessibilidade. Tipos de fonte e acessibilidade digital. 03/01/ 2019. Disponível em: <<https://cta.ifrs.edu.br/tipos-de-fonte-e-acessibilidade-digital/>> Acesso em 02/03/2024.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Renascer do Direito**. 2. ed. corrigida. São Paulo: Saraiva, 1996.

DE SOUZA, Leonardo Sathler. Visual Law e o Direito. In FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales. **Legal Design - Teoria e Prática**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

FALEIROS Jr, José Luiz de Moura. O profissional do Direito no Século XXI. In FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales, **Legal Design - Teoria e Prática**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

FEIGELSON, Bruno; BRANCO, Fellipe; MOREIRA, Horrara. Legal Customer Experience. In: FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales, **Legal Design - Teoria e Prática**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FUCCIA, Eduardo Veloso. Juíza manda advogado reduzir petição porque não tem tempo para ler 'livros'. 06/06/2020. Disponível em: <<https://vadenews.com.br/juiza-manda-advogado-reduzir-peticao-porque-nao-tem-tempo-para-ler-livros/>> Acesso em 29/02/2024.

GRANJA, Gustavo Borges Pereira; REIS, Lisete Teixeira de Vasconcelos. Como o Design Jurídico e o Direito Visual podem contribuir para a eficiência da jurisdição. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law - Como os elementos visuais podem transformar o direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2022.

HAGAN, Margaret. **Law by Design**. 2017. Disponível em:

<<https://lawbydesign.co/>> Acesso em 24/02/2024.

LEONEL, Guilherme; LIMA, Juliana A importância do usuário. In FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales, **Legal Design - Teoria e Prática**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

LOIS, Natália Giorgini Nunes. O Visual Law e o método adequado para gestão de conflitos. In SOUZA, Bernardo de Azevedo e; OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law - Como os elementos visuais podem transformar o direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2022.

MAFFESOLI, Michel. A comunicação sem fim (teoria pós-moderna da comunicação). **Revista FAMECOS**: n. 20. abril de 2003. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revista_famecos/article/view/3198> Acesso em 24/02/2024.

Maia, Ana Carolina; Nybø, Eric Fontenele; Henriques, Lucas Santana; Cabral, Mayara Cunha. **Legal Design - Uma nova abordagem na criação de documentos jurídicos. Pesquisa de análise de comportamento de usuários diante de documentos jurídicos**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/3/7EE2F8C68A1A8E_pesquisa-legaldesign.pdf> Acesso em 01/03/2024.

MEDEIROS, André. (2023). Metodologia aplicada ao Legal Design. In: FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales, **Legal**

Design - Teoria e Prática. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano.** 11. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NYBØ, Erik Fontenelle. Legal Design: A aplicação de Recursos de Design na Elaboração de Documentos Jurídicos. In: FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales, **Legal Design - Teoria e Prática.** 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

PUCRS online. **Inteligência Artificial: o que é e como funciona.** 05/07/2023. Disponível em: <<https://online.pucrs.br/blog/inteligencia-artificial>> Acesso em 26/02/2024.

ROSA, Alexandre Morais da. Visual Law: Aquisição de skills argumentativas no processo judicial. In COELHO, Alexandre Zavaglia; SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **Legal Design e Visual Law no Poder Público.** São Paulo: RT, 2022.

SHERWIN, Richard K. Introduction: Law, Culture and Visual Studies. In: WAGNER, Anne; SHERWIN, Richard K. **Law, Culture an Visual Studies.** New York: Springer, 2014. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/259705171_Law_Culture_and_Visual_Studies> Acesso em 29/02/2024.

SIQUEIRA, Mariana de. Inteligência Artificial no Judiciário Brasilei-

ro. **JOTA.** 28/07/2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/cover-turas-especiais/inova-e-acao/a-inteligencia-artificial-no-judiciario-brasileiro-28072020>> Acesso em 24/02/2024.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e. Eles, os elementos visuais, vistos por ela, a Magistratura Federal. In: FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales, **Legal Design - Teoria e Prática.** 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2023

SUH, Jinny. **Legal fonts matter! A story from Korea.** 29/05/2023. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/featured-insights/in-the-balance/legal-font-matters-a-story-from-korea>> Acesso em 01/03/2024.

TELLES, Camila. Experiência do usuário (*user experience*) e Legal Design. In FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales, **Legal Design - Teoria e Prática.** 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

TESHEINER, André Luiz de Aguiar. Linguagem simples e Visual Law. In: COELHO, Alexandre Zavaglia; SOUZA, Bernardo de Azevedo e. **Legal Design e Visual Law no Poder Público.** São Paulo: RT, 2022.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Linguagem no Direito - Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.) **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP.** Acesso em 24 de fevereiro de 2024,

disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito>.

TCU - Tribunal de Contas da União. **Criando Documentos Digitais Acessíveis**. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/0000c9/0000c9fc.pdf>> Acesso em 29/02/2024.

VERASZTO, Estéfano Vizconde; DA SILVA, Dirceu; MIRANDA, Nonato de Assis; SIMON, Fernanda Oliveira. Tecnologia: buscando uma definição para o conceito. **Prisma.com**, n. 8. 2009. Disponível em: <<http://aleph.letras.up.pt/index.php/prisma.com/article/view/2065>> Acesso em 24/02/2024.

XAVIER, Júlio Miranda Gomes; FINELLI, Lília Carvalho. Tipografia Jurídica: A busca do novo pelo novo versus a promoção de acesso à justiça. In: FALEIROS Jr, José Luiz de Moura; CALAZA, Tales, **Legal Design - Teoria e Prática**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2023.

A inseminação caseira e o necessário registro da dupla maternidade

Bianca Zoehler Baumgart Crestani

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do
Trabalho pela UNISC/RS
Pós-graduada em Gestão de Pessoas e Liderança de
Equipes pela IBRA Educacional/SP
Pós-graduanda em Direitos LGBTQIA+ pela
Verbo Jurídico/RS*

RESUMO

O presente artigo pretende trazer à luz a celeuma atinente ao registro civil de crianças nascidas, mediante inseminação artificial caseira realizada por casais homoafetivos femininos, e a lacuna legislativa existente para registro da dupla maternidade. A partir de análise dos princípios da liberdade de planejamento familiar e da dignidade da pessoa humana, serão analisadas a legitimidade e a legalidade do registro de nascimento constando o nome da mãe biológica e da mãe afetiva. Restarão apresentadas decisões acerca do tema, a embasar a possibilidade do registro da dupla maternidade.

Palavras-chave: Direito de família. Inseminação caseira. Dupla maternidade. Registro civil.

RESUMEN

Este artículo pretende sacar a la luz la controversia en torno al registro civil de los niños nacidos mediante inseminación artificial domiciliar realizada por parejas homosexuales y el vacío legislativo existente para el registro de la maternidad dual. A partir del análisis de los principios de libertad de planificación familiar y dignidad humana, se analizará la legitimidad y legalidad de la inscripción del nacimiento incluyendo el nombre de la madre biológica y la madre afectiva. Se presentarán decisiones sobre el tema, apoyando la posibilidad de registrar la doble maternidad.

Palabras clave: Derecho de familia. Inseminación domiciliar. Doble maternidad. Registro Civil.

Introdução

O conceito de família evoluiu no decorrer do tempo, em decorrência de novas modalidades de grupos familiares que vêm se formando, estabelecendo novos valores e acepções de vida. Há famílias monoparentais. Há famílias heteroafetivas. Há famílias homoafetivas.

Nesse sentido, não há como o legislador, o magistrado e todos demais operadores do Direito ignorarem os fatos sociais, impondo-se uma constante inovação das normas jurídicas e uma necessária adequação das regras aos novos comportamentos sociais.

No presente artigo, serão tratados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito ao planejamento familiar, com fim na possibilidade de registro da dupla maternidade em face da realização da inseminação caseira.

Note-se que existe um crescente número de ações em busca do registro da dupla maternidade que envolvem casais homoafetivos impedidos financeiramente de realizar inseminação artificial em clínicas especializadas, necessitando o Poder Judiciário, por falta de legislação específica sobre o tema, se socorrer da analogia, dos princípios gerais de direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, e Cód. Proc. Civil, art. 126), como o do respeito à dignidade da pessoa humana e o da afetividade, bem como de textos doutrinários e jurisprudenciais para solucionar tais questões.

Dessa forma, o presente artigo busca esclarecer o efetivo direito à dupla maternidade e ao correspondente registro do nascituro, frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do planejamento familiar, de forma administrativa e sem a obrigatoriedade de se buscar o Poder Judiciário.

1 Da inseminação caseira e da lacuna legislativa

As mudanças de comportamento na sociedade atual resultaram em transformações nas estruturas de convívio familiar. Da antiga família patriarcal, fundada em casamentos caracterizados como célula social e econômica, tem-se, hoje, uma nova feição baseada no afeto, com compreensão igualitária entre os membros da família.

Assim, o Direito de Família passou a reconhecer a afetividade como elemento identificador dos vínculos familiares, despreendendo-se da verdade biológica, para reconhecer a socioafetividade

como parâmetro em lides que se discute a parentalidade que é construída sobre uma base de afeto, de responsabilidade e de planejamento.

Nesse sentido, diante da evolução de conceitos e de valores, com a estruturação de famílias nos mais diversificados formatos e padrões, tem-se cada vez mais afastada a noção de família apenas ligada por traços genéticos, biológicos ou decorrentes dos efeitos matrimoniais, passando o afeto a ser o núcleo definidor da entidade familiar. Há famílias monoparentais. Há famílias heteroafetivas. Há famílias homoafetivas.

Nesta toada, é notório que casais homoafetivos se valham de clínicas especializadas em reprodução humana como forma de concretizar o sonho de ter uma família. Ocorre, contudo, que a realidade financeira da maioria da população brasileira não permite que todos consigam acesso ao procedimento previsto legalmente, com o fito de consolidar a estrutura familiar desejada.

Muitos casais homoafetivos, a fim de concretizarem o desejo de ter filhos e diante do livre planejamento familiar garantido constitucionalmente, buscam alternativas menos onerosas para consolidar o propósito. Encontraram, então, um método denominado inseminação caseira. O método consiste em reproduzir o ocorrido em clínicas de reprodução assistida em um ambiente caseiro e menos dispendioso.

A inseminação caseira é basicamente um método de concepção no qual um doador anônimo, muitas vezes encontrado em grupos de redes sociais destinados a esse fim, cede para uma mulher o material genético sem qualquer tipo de contato físico nem afetivo. O sêmen é depositado em um pote de coleta e, após, inserido na receptora com auxílio de uma seringa.

O Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, em 30.08.2023, trata da consolidação dos atos normativos do Corregedor Nacional de Justiça, relativamente aos serviços notariais e registrais, e traz expressa lacuna quanto ao registro de crianças geradas por meio da inseminação caseira.

Note-se que o Capítulo V, o qual trata da Reprodução Assistida, requer, de forma expressa, a declaração do Centro de Reprodução Humana em que foi realizada a reprodução assistida. Veja-se o artigo 513, do Código Nacional de Normas do CNJ:

Art. 513. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

- I — declaração de nascido vivo (DNV);
- II — declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;
- III — certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

Ora, na autoinseminação, não há participação de qualquer médico, técnico ou profissional da saúde. Não há como se apresentar o documento requerido no item II, do artigo 515, do Código Nacional de Normas, para efetivar o registro da criança.

Ainda, no Capítulo IV, do Código Nacional de Normas do CNJ, tem-se, no artigo 505, que o reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade socioafetiva somente se poderá realizar com pessoas acima de 12 (doze) anos. Veja-se:

Art. 505. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos de idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Há, portanto, uma lacuna da regulamentação existente, sendo necessária decisão judicial para ser possibilitado o registro de dupla maternidade de criança gerada por inseminação caseira.

2 Do direito ao registro da dupla maternidade

O Direito evolui, modifica-se, adapta-se ao seu tempo. Está intimamente ligado à cultura de um povo. À medida que os costumes sociais mudam, o Direito também muda, transmuta-se, adaptando-se à nova realidade. Deve-se estar sempre atento às alterações sociais, perguntando-se o que mudou na sociedade e, por conseguinte, perguntar-se o que deve mudar no Direito para acompanhar tais transformações.

Neste contexto, o fenômeno da inseminação artificial heteróloga, com material genético doado por um terceiro, encontra guarida, pois a parentalidade, que antes era obtida apenas biologicamente, passou a ser obtida também através de laços de afetividade.

E, nesse sentido, não pode haver impedimento a casais homoafetivos para que façam o planejamento familiar que lhes aprouverem e da forma que lhes foi possível, sobretudo porque o livre planejamento familiar é garantido constitucionalmente, primando-se, assim, os princípios da autonomia privada, da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade no plano familiar.

Note-se os termos do artigo 226, parágrafo sétimo, da CF:

Art. 226, § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Conforme o dispositivo legal citado anteriormente, o planejamento familiar é direito de todo o cidadão, sendo compreendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Ademais, é de importante destaque a transformação do Direito de Família, à luz da Constituição Federal de 1988, reconhecendo, além da liberdade ao planejamento familiar, o princípio da afetividade nas relações familiares, desprendendo-se da verdade biológica e registral.

Há, ainda, a previsão em lei ordinária, que regulamenta o direito fundamental estabelecido na Constituição Federal, a saber, o artigo 1.565, § 2º do Código Civil, que assim preleciona:

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

No mesmo sentido, está o reconhecimento do parentesco natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem, nos termos do art. 1.593 do Código Civil:

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Em suma, resta evidenciado que a afetividade torna-se o centro da parentalidade, e, nesse sentido, a inseminação artificial heteróloga, com material genético doado por um terceiro, encontra proteção jurídica.

Nessa mesma toada, pode-se concluir que o reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, tratando-se de direito da personalidade calcado no postulado constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da CF.

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: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Cumpre-se ressaltar, ainda, que, com base no referido princípio, o planejamento familiar pertence ao casal, competindo ao Estado a responsabilidade de proporcionar recursos para o exercício e respeito a esse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Com efeito, admite-se a dupla maternidade, sem distinção entre mãe biológica e socioafetiva, privilegiando-se, assim, o planejamento familiar que decorre de uniões afetivas, sustentado no valor constitucional da dignidade da pessoa humana.

E, nesse contexto, distinguir mãe biológica e mãe afetiva seria violar princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar.

De outra feita, seria paradoxal reconhecer o direito ao registro de filhos de mães que possuem condições de fazer tratamento em clínicas especializadas, mas negar àquelas que não dispõem de recursos para tanto e se valem de métodos caseiros de inseminação. Tal medida importaria em evidente discriminação baseada na situação econômica.

Assim sendo, devem ser assegurados ao casal e à sua prole os mesmos direitos garantidos aos casais que realizaram o tratamento em clínicas especializadas e àqueles formados por um homem e uma mulher, e, ainda, especialmente, o direito da criança de receber em seu registro de nascimento o nome de sua verdadeira família, no caso constituída de duas mães.

Permitir o reconhecimento da dupla maternidade somente para inseminações realizadas em clínicas tornaria o direito seletivo a depender da capacidade financeira da família, algo que

fere de plano a isonomia constitucionalmente prevista, além de manter a lacuna legislativa a uma situação jurídica existente.

Sobre o tema, Maria Berenice Dias leciona:

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que os casais de pessoas do mesmo sexo, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Essas uniões, que passaram a ser chamadas de homoafetivas, constituem-se da mesma forma que as uniões heteroafetivas. A situação com que se depara com mais frequência é aquela em que o genitor que ficou com a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação homossexual. A posição do companheiro do genitor se reveste de especial singularidade. Se, à evidência, ele não é nem o pai nem a mãe do menor, não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Ambos, o pai e seu companheiro, passam a exercer de forma conjunta a função parental. Não raro, o parceiro do genitor participa de sua criação, desenvolvimento e educação, assumindo inclusive o dever de sustento e exercendo o papel de pai. Inquestionável que estão presentes todos os requisitos para o reconhecimento de um vínculo de filiação socioafetiva. **Apesar de a ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe.** Vetar a possibilidade de juridicizar dito envolvimento só traz prejuízo à própria criança, pois, ainda que detenha a posse do estado de filho, não vai conseguir cobrar qualquer responsabilidade nem fazer valer qualquer direito com relação a quem, de fato, exercia o poder familiar. É cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de banco de material reprodutivo, o que permite a um do par ser o pai ou a mãe biológica, enquanto o outro fica excluído da relação de filiação. Gays utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Lésbicas extraem o óvulo de uma, que, fertilizado in vitro, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Não há restrição nenhuma nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir tais práticas. Em ambos os casos, torna-se imperioso

perguntar: afinal, quem são os pais dessas crianças? **Qualquer resposta que não reconheça que os bebês têm dois pais ou duas mães está se deixando levar pelo preconceito. Não cabe tentar encontrar justificativa para afastar a criança de seu lar e da companhia de quem considera seus pais. Tais posturas, além de infirmarem o princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana.** De outro lado, permitir que exclusivamente o pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho assim gestado é olvidar tudo que vem a justiça construindo através de uma visão mais ampliada da estrutura de família. Utilizadas modernas técnicas de reprodução assistida, como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao registro dos filhos no nome do casal". (Manual de direito das famílias p. 374/375) (grifos nossos)

A doutrina e a jurisprudência abraçam amplamente o reconhecimento da dupla maternidade e a garantia do registro de nascimento de acordo com a real família e a realidade parental do mesmo.

Assim sendo, na existência de lacuna normativa para tutela dos interesses das partes, são aplicáveis os princípios da afetividade, da liberdade e do pluralismo familiar, reconhecidos pelo Direito de Família, devendo prevalecer inclusive a tutela dos direitos do nascituro.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal se posicionou ao julgar a tese da multiparentalidade. Em repercussão geral, decidiu que a paternidade/maternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo concomitante, dando ênfase à dimensão afetiva dos relacionamentos interpessoais.

Assim decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 898.060/SC, da relatoria do Ministro Luiz Fux, com repercussão geral, fixando a seguinte tese:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios.

A ementa do Recurso Extraordinário assim dispôs:

“Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da digni-

dade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel.Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada 'família monoparental' (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade fami-

liar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI n.º 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).¹⁰ A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. **Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao**

desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (sem grifo no original)

Deste modo, possível a coexistência de duas paternidades ou maternidades, a socioafetiva e a biológica, em condições de igualdade jurídica, vez que a ambas foi entregue o mesmo *status*, sem qualquer hierarquia.

Como já observou o C. STJ:

“Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo”. (REsp 889852 / RS, Recurso Especial nº 2006/0209137-4. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento: 27/04/2010. Data da Publicação: 10/08/2010). E ainda:

“Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança” (REsp 1608005 / SC, Recurso Especial nº 2016/0160766-4. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Data do Julgamento: 14/05/2019).

Para o registro da dupla maternidade através do Código Nacional de Normas do CNJ, de forma extrajudicial, é necessária uma declaração de diretor de Clínica de Reprodução Assistida, documento esse que não possuem as mães, já que a inseminação realizada foi caseira.

O mencionado Código estabelece que, para a hipótese de reprodução assistida, para o registro e emissão da certidão de nascimento, será necessária a apresentação, entre outros documentos, da declaração com firma reconhecida do diretor técnico da clínica, do centro ou do serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários.

É certo que a questão deve ser resolvida sob a ótica do melhor interesse da criança e, também, de forma a privilegiar a proteção da família, conforme estabelecem os postulados constitucionais dos artigos 226 e 227, da CF, já aqui mencionados.

Ademais, é, ainda, importante salientar que o nosso ordenamento jurídico veda qualquer tipo de discriminação, sendo certo que o STF, no julgamento da ADPF 132/RJ e na ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de discriminação de tratamento legal às uniões constituídas por pessoas de mesmo sexo.

Vejam-se as decisões exaradas quanto às ADPF 132/RJ e na ADI 4277/DF:

“(...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. **O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limi-**

ta sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). **Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo.** Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (...)”.

Ora, se já é reconhecida a família homoafetiva como uma família detentora de direitos iguais aos tidos por uma família heterossexual, não há muito o que se discutir com relação ao direito das requerentes de registrar o nascituro de acordo com a sua verdade parental, a saber, com duas mães.

No mais, a prática da inseminação caseira está se popularizando e, a cada dia, gera maior número de processos nesse sentido, uma vez que o registro do nascituro provindo dessa prática não é possível sem a judicialização.

Nesse sentido, entende-se que é inconstitucional a exigência do artigo 513, II, do Código Nacional de Normas, para o registro da dupla maternidade para a criança gerada através da inseminação caseira, vez que os registros públicos devem espelhar a realidade fática, em consonância com o princípio da liberdade ao planejamento familiar, o princípio da afetividade nas relações familiares e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A documentação necessária a ser apresentada nos autos de um processo judicial para fins de deferimento do registro do nascituro gerado, através de inseminação caseira, tais como certidão de união estável, casamento ou outros que comprovem a condição de família da mãe gestante e da mãe não gestante e documentação comprobatória de acompanhamento gestacional pela mãe não gestante, deve ser considerada suficiente para o registro civil de nascimento nos Cartórios.

Deve-se, como medida de Justiça, igualar os tratamentos dispendidos aos casais heteroafetivos e homoafetivos, assim como às crianças geradas por inseminação artificial em clínicas de reprodução humana e por inseminação caseira.

Dessa forma, o que se objetiva é o cumprimento dos mais basilares princípios da dignidade da pessoa humana e do planejamento familiar, trazendo à esfera extrajudicial o direito de registro de nascimento de dupla maternidade aos bebês gerados através de inseminação caseira, frente a flagrante inconstitucionalidade do artigo 513, inciso II, do Código Nacional de Normas, diante do disposto no artigo 1º, inciso 3º, e no artigo 226, parágrafo 7º, ambos da CF.

3 Da jurisprudência sobre o tema

Existem, nos Tribunais pátrios, diversas decisões no sentido de deferir a expedição de alvará judicial para possibilitar o registro do nascimento constando a dupla maternidade, sem qualquer distinção de filiação.

Veja-se:

(...) não há óbice legal à pretensão das postulantes, devendo ser acolhido o pedido e admitida a dupla maternidade, sem distinção, uma vez que não há justificativa para tanto no registro de nascimento da filha esperada, entre a maternidade biológica e a socioafetiva pré-constituída. **Ade- mais, não vislumbro qualquer ilegalidade ou prejuízo, visto que a medida atende aos princípios constitucionais da proteção do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.** Consigne-se, por fim, que as requerentes vivem em união estável, lavrada por escritura pública, o que lhes confere os mesmos direitos de planejar sua descendência e vida familiar como se casadas fossem. Ante o exposto, diante da documentação juntada e parecer favo-

rável do Ministério Público, DEFIRO o pedido inicial para que na futura declaração do estado em que o feto nascer, bem como no respectivo registro de nascimento, com o nascimento do feto com vida, conste a dupla maternidade, sem qualquer distinção de filiação. Servirá a presente sentença como alvará judicial com prazo de 180 (cento e oitenta) dias.” (Processo registrado sob o n. 1001931-62.2021.8.26.0009)

“Desta forma, comprovada a existência de união estável entre as requerentes por longo período através da escritura pública de união estável firmada no ano de 2018 (anexo 8 do evento 01) e declaração firmadas por testemunhas que atestaram que as requerentes possuem relação pública e duradoura desde o ano de 2013 (anos 13 e 14 do evento 1), bem como o comprometimento do casal com a gestação e com o nascimento da criança (anexo do evento 1); **impõe-se a procedência do pedido, haja vista que a união homoafetiva já foi reconhecida juridicamente e deve ser tratada com igualdade em relação aos direitos inerentes a qualquer união estável, de modo a preservar a dignidade dos envolvidos, inclusive de sua prole.** (...) Diante do exposto, preenchidos os requisitos legais e necessários; DEFIRO o pedido formulado para determinar a expedição de alvará para que conste na declaração de estado do nascimento a dupla maternidade das requerentes, sem distinções; bem como em seu registro civil de nascimento do filho do casal.” (5001755-68.2021.8.21.0004)

A jurisprudência pátria não destoa. Veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - DUPLA MATERNIDADEAFETIVA - CASAL HOMOA-FETIVO - UNIÃO ESTÁVEL CONFIGURADA -CONCEITO EXPANDIDO DE FAMÍLIA - ADI 4.277 -REPRODUÇÃO ASSISTIDACASEIRA - PROVIMENTO N. 63/2017 DO CNJ -EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃOODE CLÍNICA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - REQUISITOS PARA A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CONFIGURADOS - MELHOR INTERESSE DOMENOR - Como bem sabido, com fundamento na digni-

dade da pessoa humana e no princípio do pluralismo das entidades familiares, o conceito de família tem sido expandido para abranger, também, as relações homoafetivas. Precedente do STF - Nos termos do artigo 1.593 do Código Civil, a relação de parentesco é natural ou civil, podendo decorrer de consanguinidade ou socioafetiva, sendo que para o reconhecimento desta última hipótese, exige-se a presença de estado de posse de filho e a vontade hígida em exercer a maternidade - **Nos casos de reprodução assistida caseira, estando demonstrado o preenchimento dos requisitos para o reconhecimento da maternidade socioafetiva, deve esta ser reconhecida, em atenção ao melhor interesse do menor, ainda que inexista regulamentação para tanto, haja vista que condicioná-la à observância do procedimento extremamente oneroso previsto no Provimento n. 63/2017 do CNJ é incompatível com o princípio da isonomia.** (TJ-MG - AC: 10000211059365001 MG, Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 30/09/2021, Câmaras Cíveis / 19ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/10/2021) ¹

Ação de reconhecimento de maternidade – Ação de procedência – Insurgência do Ministério Público em recurso de apelação – **União homoafetiva – Criança concebida através de inseminação artificial heteróloga “caseira” – Demonstração da doação de material genético por terceiro, que declarou a ausência de vínculo afetivo com as autoras e com a criança – Comprovação da parentalidade socioafetiva que possibilita a declaração de maternidade** – Sentença mantida – Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso. (TJSP; Apelação Cível 1055550-93.2019.8.26.0002; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara da Família e

¹ De se salientar que o Provimento 63/2017, do CNJ, corresponde ao Capítulo V, artigos 512 e seguintes, do novo Código Nacional de Normas do CNJ – Foro Extrajudicial, consolidação normativa instituída em 30.08.2023.

Sucessões; Data do Julgamento: 21/01/2022; Data de Registro: 21/01/2022) (grifei)

Caminhando nesse sentido, cita-se o seguinte precedente do E. TJSP:

APELAÇÃO. Averbação de dupla maternidade de filho de mãe biológica, casada com a outra autora e que planejaram juntas a gravidez por inseminação artificial caseira. Sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do CPC. Superveniente nascimento do menor. **Entendimento do C. STJ e STF pela inexistência de óbice quanto ao reconhecimento por autorização judicial, sem natureza contenciosa, de dupla maternidade no registro de nascimento.** Pareceres de nºs 336/2014-E e 355/2014-E, da CGJ. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1002282-49.2020.8.26.0533; Relator (a): Ana Zomer; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Bárbara d'Oeste - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022)

Ao que se verifica das decisões alhures mencionadas, os tribunais pátrios já possuem entendimento consolidado no sentido de, atendendo aos princípios basilares da dignidade da pessoa humana e da liberdade de planejamento familiar, possibilitar o registro de dupla maternidade em decorrência do procedimento de inseminação caseira.

Dessa maneira, resta flagrante que a lenta e onerosa movimentação do Poder Judiciário para autorização do registro da dupla maternidade ao recém-nascido gerado por inseminação caseira se mostra prescindível, sendo medida de Justiça a declaração da inconstitucionalidade dos termos do inciso II, do artigo 513, do Código Nacional de Normas do CNJ.

Conclusão

As novas formações familiares trazem a necessidade de atualização das normas que as regem, ainda mais ao se considerar que os princípios basilares do direito pátrio abarcam o indivíduo e as famílias em todas as suas particularidades.

Note-se, aqui, que o artigo 513, inciso II, do Código Nacional de Normas do CNJ, prevê tão somente a reprodução assistida

como sendo aquela realizada em Centros de Reprodução Humana, restando lacuna legislativa quando se trata de casos de inseminação caseira, obstando, tal dispositivo legal, o cabível registro da dupla maternidade nos assentos de nascimento da criança recém-nascida.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF) e do livre planejamento familiar (artigo 226, parágrafo 7º, da CF) albergam a autoinseminação e, assim, trazem a inconstitucionalidade do artigo 513, inciso II, do Código Nacional de Normas.

É incabível que as mães, no sublime momento da gestar uma vida, tenham de recorrer ao Poder Judiciário a fim de, quando do nascimento do filho, possam fazer constar a dupla maternidade na certidão de nascimento.

Dessa forma, conforme analisado, faz-se necessário afastamento do requisito constante do inciso II, do artigo 513, do Código Nacional de Normas, com a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo, sendo possibilitada a lavratura do registro de nascimento com a mera apresentação de documentos comprobatórios da unidade familiar formada, para fins de atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar.

Referências

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Jacinta Gomes. **União Homoafetiva como Entidade Familiar**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Não paginado. Acesso em 04.02.2024. Disponível em <UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR (tjrj.jus.br)>

A inconstitucionalidade da norma que autoriza o pagamento dos honorários sucumbenciais ao advogado público/defensor público

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira

Advogado

Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas

Autor de obras e artigos jurídicos publicados pelas

Editoras Lumen Juris, Fórum e RT

Procurador-Geral da Câmara Municipal

de Guanhães/MG

RESUMO

Conforme restou comprovado no presente estudo, o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos está em desconpasso com o artigo 39, § 4º, da Constituição Republicana de 1988, vez que a norma em questão estabelece que a remuneração dos servidores seja feita apenas por subsídio, sendo “vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”. De mais a mais, os honorários sucumbenciais integram o patrimônio público da entidade em que o advogado está lotado e serve de receita para o pagamento da remuneração dos próprios advogados, portanto, o rateio da verba entre os advogados é ato reprovável e danoso aos cofres públicos. Com isso, faz-se necessário que o Supremo Tribunal Federal acolha o pedido formulado pela Procuradoria Geral da República na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.053, para que seja declarada a inconstitucionalidade do parágrafo 19 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 e dos artigos 27 e 28 a 36, da Lei nº 13.327/2016, pois os dispositivos questionados estão em desconpasso com o § 4º do artigo 39 da Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Princípio da isonomia. Honorários sucumbenciais. Verba pública. Máxima efetividade.

ABSTRACT

As proved in the present study, the payment of succulent fees to public lawyers is in disagreement with Article 39, § 4th, of the Republican Constitution of 1988, since the norm in question establishes that the remuneration of the servants will be made only by subsidy, being "prohibited the addition of any bonus, additional, credit, premium, representation fee or other kind of remuneration". Moreover, succulent fees are part of the public patrimony of the entity that the lawyer is registered and serves as income for the payment of the compensation of the lawyers themselves, therefore, apportioning the amount among lawyers is a reproachable and harmful act to the public coffers. Therefore, it is necessary for the Federal Supreme Court to comply with the request formulated by the Attorney General's Office in the Unconstitutionality Direct Action nº 6.053, to declare the unconstitutionality of paragraph 19 of article 85 of the Civil Code of Procedure of 2015 and of the Articles 27 and 28 to 36 of Law 13.327/166, since the devices questioned are in disagreement with Paragraph 4th of Article 39 of the Constitution of the Republic of 1988.

Keywords: Isonomy principle. Succulent fees. Public amount. Maximum effectiveness.

Introdução

O presente artigo visa abordar sobre a (in)constitucionalidade da norma que autoriza o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos, também denominados procuradores municipais, estaduais e federais, bem como aos defensores públicos.

O pagamento de honorários de sucumbência aos advogados públicos está previsto no § 19 do artigo 85 do Código de Processo Civil¹ e em várias normas federais, estaduais e municipais.

Entretanto, conforme será visto ao longo do texto, em que pese a autorização legislativa para o pagamento dos honorários de sucumbência aos advogados públicos, tais normas afrontam o princípio constitucional da isonomia, bem como o regime de

¹ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...). § 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

subsídio previsto pelo legislador constituinte no § 4º do artigo 39 da Constituição Republicana de 1988, ou seja, as normas autorizativas possuem anomalia grave. Dessa forma, merecem ser retiradas do ordenamento jurídico pátrio.

Neste artigo, após as considerações introdutórias, será feito um rápido estudo sobre os princípios correlatos à Administração Pública e, em seguida, será abordada “a inconstitucionalidade da norma que autoriza o pagamento dos honorários sucumbenciais ao advogado público”.

1 Os princípios da Administração Pública

Os princípios aplicáveis à Administração Pública foram consignados pelo legislador no artigo 37 da Constituição da República de 1988, sendo previsto que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Para José Afonso da Silva (2017, p. 93), “princípio é mandamento nuclear de um sistema, isto é, são ordenações que irradiam e imantam o sistema de normas”.

Em que pese a importância de todos os princípios, o princípio da legalidade possui maior relevância na Administração Pública, tendo em vista que a Administração Pública, diferentemente do particular, somente pode praticar seus atos com base no que estiver previsto em lei. Eis os ensinamentos do saudoso administrativista Hely Lopes Meireles (2009, p.89) sobre o princípio da legalidade na Administração Pública:

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.

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 do Texto Constitucional, até porque o princípio da “legalidade é, certamente, a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 20).

A legalidade administrativa é uma garantia do cidadão contra a tirania do Estado, funcionando “como fundamento e limite de todo funcionamento do Estado (MENDES, 2017, p. 887)”. Assim sendo, todas as condutas dos agentes do Estado devem estar previamente estabelecidas em lei, tendo em vista que todos os atos da Administração Pública devem ser norteados pelo princípio da legalidade.

Após o advento da Constituição da República de 1988, ocorreu uma consolidação das normas aplicáveis à Administração, as quais podem ser classificadas como “normas constitucionais da administração pública”, conforme afirma a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 15). Com isso, os atos da Administração Pública devem ser praticados em consonância com os princípios constitucionais, em especial o princípio da legalidade, vez que este é diretriz dos atos da Administração Pública.

O Administrador público, realmente, tem discricionariedade para praticar certos atos administrativos; todavia, todos os atos, sejam eles discricionários ou vinculados, devem obediência à lei, vez que todos os atos administrativos devem ser praticados em conformidade com a norma jurídica, não podendo excepcionar o que foi traçado pelo legislador democraticamente constituído. Dessa forma, cumprir a determinação contida na legislação vigente não é discricionariedade do agente público, mas sim uma obrigação derivada do sistema jurídico vigente.

Os agentes públicos devem praticar todo e qualquer ato administrativo em conformidade com o que estiver estabelecido em lei, obedecendo ao princípio fundamental da legalidade estrita. Entretanto, a prática do ato administrativo em desconformidade com a lei, por si só, não configura ato de improbidade administrativa, tendo em vista que, para a caracterização do ato de improbidade, é indispensável o elemento volitivo, representado pela vontade livre e consciente do agente público em praticar conduta tipificada na Lei nº 8.429/1992.

Além dos princípios constitucionais previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988, a Administração também deve observar outros princípios, quais sejam: isonomia; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo e adjudicação compulsória; autotutela; finalidade; continuidade dos serviços públicos; indisponibilidade do interesse público; proporcionalidade; razoabilidade; supremacia do interesse público; precaução, segurança jurídica, entre outros.

Entre os últimos princípios, o da isonomia é de maior interesse no presente estudo, pois, como será abordado a seguir, o

pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos está em descompasso com o princípio da isonomia, uma vez que a Administração Pública não pode conceder benefícios apenas para uma categoria de servidores em detrimento das demais, sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia.

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, busca o tratamento justo e igualitário entre os envolvidos. Com isso, não assemelha razoável que o advogado público receba uma gratificação não extensível aos demais servidores.

Feitas essas considerações, conclui-se que o pagamento de honorários sucumbenciais a advogados públicos atenta contra o princípio constitucional da isonomia, logo, qualquer norma autorizativa é eivada de inconstitucionalidade, por afrontar o princípio constitucional da isonomia.

2 A inconstitucionalidade da norma que autoriza o pagamento dos honorários sucumbenciais ao advogado público

O artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. Todavia, esse dispositivo somente deve ser aplicado aos advogados que atuam em causas particulares, tendo em vista que o Estado já remunera o advogado público para prestar o serviço, logo, o pagamento da verba honorária é inconstitucional.

Outrossim, as leis dos Entes Federativos que autorizam o pagamento dos honorários sucumbenciais atentam contra o Texto Constitucional, tendo em vista que as normas autorizativas não passam de uma burla ao “regime de subsídio”, previsto pelo legislador constituinte. De mais a mais, o pagamento dos honorários acaba por privilegiar uma categoria de servidores em detrimento das demais, o que atenta contra o princípio constitucional da isonomia.

O advogado público, realmente, deve ser bem remunerado para exercer suas funções; no entanto, não devem ser aceitos os “penduricalhos” como forma de complementação de sua remuneração, o que inclui os honorários sucumbenciais, até porque a sociedade brasileira tem reprovado os “penduricalhos” concedidos aos servidores públicos de todas as esferas. Portanto, faz-se necessário que seja declarada a inconstitucionalidade das normas que autorizam o pagamento de honorários sucumbenciais aos

advogados públicos, pois, além de imoral, o pagamento é inconstitucional.

Não resta nenhuma dúvida de que os honorários sucumbenciais integram o patrimônio público, portanto, não devem ser rateados entre os advogados públicos. De mais a mais, os honorários sucumbenciais são uma forma de a Administração ressarcir os gastos remuneratórios com seus advogados, o que reforça a tese de que o rateio dos honorários com os advogados públicos, além de inconstitucional, é irrazoável, até porque o pagamento dos honorários privilegia uma categoria de servidores em detrimento dos demais.

A Administração Pública deve conferir tratamento igualitário e equânime a todos os servidores públicos que se encontram em situação semelhante. Portanto, não é razoável e isonômico os advogados públicos terem um tratamento diferenciado em relação aos demais servidores públicos. Todos os servidores devem ter oportunidade de pleitear os mesmos benefícios, ou seja, a previsão deve ser de forma genérica e não individualizada para beneficiar uma categoria de servidores, conforme ocorre com a previsão de pagamento de honorários advocatícios para os advogados públicos.

Vale dizer que o artigo 5º da Constituição da República de 1988 estabelece que “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”.

O legislador constituinte preocupou-se em assegurar a igualdade de direitos e obrigações em diferentes aspectos da relação funcional, logo, não pode uma norma infraconstitucional conferir tratamento diferenciado a uma categoria de servidores públicos, sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Sobre a violação ao princípio da isonomia em razão do pagamento dos honorários sucumbenciais ao advogado público, o Tribunal de Contas da União manifestou nos seguintes termos:

(...) Quis o constituinte que o sistema remuneratório tenha estreita afinidade com o princípio da isonomia, eis que dispõe a Constituição Federal que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira

(art. 39, §1º, I). Ainda que sejam ressalvadas as peculiaridades de cada cargo (inc. III), tais não seriam suficientes para permitir que a percepção de honorários por parte dos advogados públicos, de forma individualizada (porque de forma rateada somente seria possível se se constituíssem em uma gratificação, como vimos), levassem a enormes distorções remuneratórias. Estaria criado o cenário para retribuições fora do controle, com evidente ofensa aos princípios da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Tribunal Regional da Segunda Região – TRF2, ao julgar o processo 0011142-13.2017.4.02.0000, declarou inconstitucional o pagamento de honorários de sucumbência aos advogados públicos. O relator do julgado, o Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva, afirmou que “os artigos que garantem os pagamentos de honorários a advogados públicos e procuradores ferem o regime de subsídio estabelecido pela Emenda Constitucional 19/1998”.

Para o Desembargador Federal, “ao fazer essa distinção, a Lei 13.327/2016 teve por intuito burlar o ‘regime de subsídio’ com o qual o legislador constitucional, em boa hora, pretendeu acabar com a ‘farra dos penduricalhos’ que sempre tornou impraticável o controle da remuneração das diversas categorias de servidores públicos pelos órgãos competentes, facilitando a perpetuação de desigualdades e injustiças que até então prevaleciam no sistema remuneratório do serviço público”.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2014, p. 346) tem criticado as alterações legislativas que visam beneficiar uma parcela de servidores públicos. Eis os comentários do renomado doutrinador:

(...) a má política de recursos humanos de todos os níveis de governo possibilitou enormes distorções no sistema remuneratório do serviço público, de tal sorte que alguns servidores, por diversos meios, legais até, ou mesmo na via judicial, obtiveram vencimentos muito acima da média do funcionalismo, enquanto a massa dos servidores públicos sempre esteve mal remunerada. Em consequência dessas distorções, os governantes, em vez de implementar uma política de pessoal condizente com o interesse público, passaram a buscar mecanismos para tolher

esses abusos de uns poucos. Com isso se vão enxertando na Constituição minúcias regulatórias despropositadas, e nem sempre eficazes enquanto perdurar essa desastrosa política de recursos humanos no serviço público.

No que tange a eventual questionamento de que os advogados públicos deveriam ter a mesma igualdade substancial dos seus pares da iniciativa privada, o Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva do TRF2 fez a seguinte ponderação na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0011142-13.2017.4.02.0000:

“Num outro giro, a tese de que os dispositivos impugnados teriam o mérito de garantir uma desejável isonomia entre advogados públicos e privados também não se sustenta nas circunstâncias que envolvem a realidade fática do exercício profissional de cada uma destas duas categorias de advogados. Como se sabe, enquanto os advogados públicos trabalham em instalações mantidas pelo Estado, utilizando-se de estrutura física adquirida e mantida pelas Procuradorias da Advocacia Geral da União, bem como de estrutura de pessoal de apoio remunerada pelo Estado, os advogados privados são obrigados a desembolsar quantias expressivas apenas para exercer o seu mister, tais como aquisição e manutenção de computadores, móveis, material de escritório, além de arcarem com todos os custos tributários inerentes à instalação de um escritório de advocacia, bem como custos de aluguéis e taxas condominiais, isto sem falar no necessário custeio da contratação de pessoal administrativo pelo regime da CLT, com todos os encargos inerentes a tais vínculos empregatícios. Além de nada desembolsarem para custear os recursos material e humano que utilizam no exercício da advocacia, os advogados públicos recebem do Estado subsídio mensal em valor fixo em razão do cargo que ocupam, o que também os distingue dos advogados privados, que dependem exclusivamente dos honorários advocatícios para sobreviver e manter a sua estrutura de trabalho. Seria de se indagar, assim, qual tipo de isonomia ou igualdade de tratamento pretendeu a lei 13.327/16 garantir aos advogados públicos? Uma

isonomia que somente alcançaria a parte financeiramente vantajosa do exercício privado da profissão, qual seja, o direito aos honorários sucumbenciais que – de forma questionável, sob o ponto de vista da inafastabilidade da jurisdição - aos advogados assegurou a lei 8.906/94 quando vitoriosa a causa sob seu patrocínio, mas sem qualquer dispêndio para a criação e manutenção de sua estrutura de trabalho.

Ora, se os advogados públicos desejassem, realmente, uma igualdade substancial com seus pares da iniciativa privada, deveriam também se expor aos mesmos riscos da derrota e aos mesmos custos do exercício da profissão, o que não foi previsto pela Lei 13.327/16. Ou então que, mediante a edição de uma emenda constitucional, abrissem mão do subsídio mensal que lhes foi assegurado pela Constituição, passando a um regime de remuneração vinculado ao mérito de suas atuações vitoriosas nas demandas em que atuam, o que não parece tenham a intenção de fazer. O que não se pode admitir é que o Poder Público seja duplamente onerado, não apenas com o dispendioso custeio da máquina da advocacia pública como, ainda, com os honorários de êxito em favor desses mesmos advogados. Ora, diante de tal panorama, não é difícil perceber o quão mais vantajoso seria para o Poder Público, em termos de gestão, apenas manter um corpo de advogados privados incumbidos da sua defesa. A irrazoabilidade do conteúdo da norma também se mostrou perceptível ao douto Magistrado sentenciante nos autos do processo nº 000483-10.2014.4.05.8101, da 15ª Vara de Limoeiro do Norte/Ceará, que considerou exorbitantes as vantagens conferidas pela Lei 13.327 aos advogados públicos, a seu ver garantindo-lhes “o melhor dos dois mundos”, ou seja: “na vitória do ente estatal, os honorários sucumbenciais pertencem aos advogados públicos; já na derrota, o pagamento da verba sucumbencial fica a cargo exclusivamente do Erário, vez que inexistente qualquer compensação entre esses ganhos e perdas”. No mesmo sentido trilhou o ilustre Juiz Federal Convocado FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS, ao assentar: “Em verdade, afigura-se situação em que a União é chamada a efetuar o pagamento

dos insucessos da advocacia pública, restando aos seus integrantes, somente, colher os frutos de seus eventuais êxitos". Isso leva a inequívoco enriquecimento sem causa, vedado por nosso ordenamento jurídico (art. 884, do Código Civil).

O voto do Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva do TRF2, anteriormente transcrito, não deixa nenhuma dúvida de que o pagamento de honorários de sucumbência aos advogados públicos não encontra respaldo no "sistema jurídico brasileiro". Com isso, somente os advogados privados podem receber a verba honorária, até porque estes desenvolvem a atividade advocatícia por sua conta e risco, enquanto os advogados públicos são mantidos pelo Estado. Com isso, os honorários sucumbenciais devem ficar com o Estado para ressarcir as despesas com a manutenção dos advogados públicos.

A 15ª Vara Federal de Limoeiro do Norte no Estado do Ceará, através do Juiz Federal Bernardo Carneiro, declarou a inconstitucionalidade do § 19 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 e, por arrastamento, os artigos 27 a 36 da Lei nº 13.327/2016, nos seguintes termos:

2.3 Ofensa ao Princípio Republicano - O Conflito de Interesses entre o Particular e o Público

Como se sabe, umas das facetas do princípio republicano, inserido já no art. 1º de nossa Carta Magna, é a completa dissociação dos interesses pessoais do exercente de cargo ou função pública com os fins perseguidos pelo Estado através das correspondentes atribuições, de forma que o agente público, no desempenho de seu múnus, não ponha seus próprios interesses como obstáculo à consecução da finalidade pública que justificou sua atuação. Ocorre que esse verdadeiro alicerce de nossa ordem jurídica corre sério risco de ser solapado pela previsão do § 19 do art. 85 do CPC/15. Isso porque, ao possibilitar que os advogados públicos obtenham vantagem financeira particular (dissociada de seus subsídios) dependente unicamente da vitória processual da União (ainda que parcial), o referido dispositivo legal cria terreno para que se instaure, com bastante frequência, situações nas quais haverá um inconciliável conflito de interesses

entre a pessoa física ocupante do cargo de advogado público e os objetivos que deveriam guiar sua atuação enquanto tal.

É o que se dará, por exemplo, naqueles casos nos quais a pretensão deduzida pelo particular contra o Estado encontra amparo na lei, de modo que deve o Procurador estatal reconhecer a procedência do pedido, já que ofensiva dos Princípios Gerais do Direito e das normas processuais (art. 77, II, CPC) a defesa judicial desamparada de fundamento. Contudo, o advogado público, visando unicamente auferir os ganhos relativos aos honorários sucumbenciais, se sentirá inclinado a se opor ao pedido feito, prosseguindo o litígio até as últimas instâncias, em uma evidente sobreposição do seu interesse particular sobre o interesse público primário, representado aqui pela justiça do pleito autoral, isso sem falar nos gastos que essa postura acarreta ao Estado ao fazer funcionar desnecessariamente a máquina judiciária. Em outro exemplo, dessa vez verificado em um caso concreto ocorrido nessa mesma Seção Judiciária do Ceará, nos autos da Execução de Título Extrajudicial nº 0003162-35.2004.4.05.8100, tramitante na 18ª Vara Federal, tendo a União como exequente, a Advocacia-Geral da União pleiteou que o resultado da venda judicial de um imóvel que havia sido penhorado fosse convertido em renda para o pagamento prioritário dos honorários advocatícios de seus membros, devendo apenas a sobra ser direcionada a saldar - apenas parcialmente - o débito existente para com a União. Ou seja, diante da insuficiência de recursos do executado para liquidar o débito principal (devido à União) e os honorários advocatícios (devidos aos advogados públicos, por força do § 19 do art. 85 do CPC/15), a AGU explicitamente manifestou-se pela prioridade de se pagar estes últimos, em uma aberrante sobreposição de interesses particulares sobre o interesse público. Situação semelhante ocorreu nos autos do Cumprimento de Sentença 0011643-26.2000.4.05.8100, também em curso na referida unidade jurisdicional. Em 22.02.2018.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de enfrentar a questão ao julgar o REsp 1213051/RS, manifestando

contrariamente ao pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos, ao argumento de que os honorários não constituem direito autônomo do advogado público, tendo em vista que integra o patrimônio público da entidade. Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EBCT. EMPRESA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ART. 22 DA LEI 8.906/1994.

1. A jurisprudência desta Corte tem apontado no sentido de que a titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedora a Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, ou as empresas públicas, ou as sociedades de economia mista, não constituem direito autônomo do procurador judicial, porque integram o patrimônio público da entidade. Precedentes.

2. Recurso especial provido. (REsp 1213051/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 08/02/2011).

Na mesma trilha, já posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar a Apelação Cível 1.0016.06.061705-3/001, de relatoria do Desembargador Wander Marotta, aduzindo que:

Os dispositivos da Lei nº 8.906/94 não se aplicam aos advogados quando, na qualidade de procurador efetivo ou contratado de entes estatais, patrocinem causas a favor da Administração Pública.- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que os honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedor o ente público, não constituem direito autônomo do procurador judicial, porque integram o patrimônio público da entidade.²

O mesmo posicionamento foi adotado na Apelação Cível 1.0194.12.002630-8/001, de relatoria do Desembargador Bitencourt Marcondes, da 8ª Câmara Cível do TJMG:

² TJMG - Apelação Cível 1.0016.06.061705-3/001, Relator: Des. Wander Marotta, 7ª Câmara Cível, julgamento em 29/04/2008, publicação da súmula em 29/05/2008.

1. A Lei nº 9.527/97, ao estabelecer que as disposições constantes do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, excepciona a regra de que o advogado detém direito autônomo de executar as verbas sucumbenciais.
2. Os advogados integrantes do quadro da Procuradoria Geral do Município não possuem direito autônomo de executar as verbas sucumbenciais, as quais pertencem ao patrimônio do próprio ente público.³

A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas, ao julgar a Apelação Cível 1.0105.13.018744-3/002, em 08/08/2019, manifestou que “Os Procuradores do Ente Público Municipal que estejam no patrocínio da causa não fazem jus aos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais não lhe pertencem, mas à própria Administração Pública”, o que demonstra que o Tribunal mineiro vem sedimentando o entendimento através de suas Câmaras cíveis, o que é digno de aplausos.

A Procuradoria Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6.053) para que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do artigo 85, § 19, do Código de Processo Civil e dos artigos 27 e 28 a 36, da Lei nº 13.327/2016, dispositivos esses que permitem que advogados públicos recebam honorários de sucumbência em causas em que União, autarquias e fundações sejam partes.

Para a Procuradoria Geral da República, o artigo 85, § 19, do CPC, possui inconstitucionalidade formal. Afinal, os artigos 37, X, e 61, parágrafo 1º, II, “a”, da Constituição, determinam que a remuneração dos funcionários da União só pode ser alterada via lei específica, proposta pelo Executivo. Assim, a previsão contida no Código de Processo Civil de 2015, bem como a Lei nº 13.327/2016 não se enquadram em nenhuma das duas hipóteses.

Ademais, para a PGR, a previsão de pagamento de honorários sucumbenciais para o advogado público viola as disposições contidas no artigo 39, § 4º, da Constituição Republicana, pois o dispositivo estabelece que a remuneração dos servidores seja feita

³ TJMG - Apelação Cível 1.0194.12.002630-8/001, Relator: Des. Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, julgamento em 28/02/2013, publicação da súmula em 11/03/2013.

apenas por subsídio, sendo “vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”.

O Supremo Tribunal Federal indeferiu a liminar vindicada pela Procuradoria Geral da República; entretanto, até o momento, não se manifestou sobre o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.053. Em que pese a Suprema Corte ter indeferido a liminar rogada para suspensão dos dispositivos, faz-se necessário que, no mérito, os pedidos formulados pela Procuradoria Geral da República sejam acolhidos e, por conseguinte, seja declarada a inconstitucionalidade do § 19 do artigo 85 do Código de Processo Civil e dos artigos 27 e 28 a 36, da Lei nº 13.327/2016, vez que os dispositivos questionados estão em descompasso com o § 4º do artigo 39 da Constituição da República de 1988. Portanto, os dispositivos em questão merecem ser afastados do ordenamento jurídico vigente.

Feitas essas considerações, conclui-se que as leis que autorizam o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos padecem de vícios de inconstitucionalidade, haja vista que o pagamento dos honorários atenta contra o regime de subsídio previsto pelo legislador constituinte. Assim, os Entes Federativos devem cessar imediatamente o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos, até porque as normas constitucionais devem ser respeitadas e aplicadas pelos poderes constituídos, em razão do princípio da força normativa da Constituição e do princípio da máxima efetividade do Texto Constitucional.

Sobre a “força normativa da constituição”, o jurista alemão Konrad Hesse (1991, p. 24/27) ensina que:

A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) (...). *Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada necessariamente a parte mais fraca.* Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a *força normativa da Constituição*. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto

questões jurídicas, em questões de poder. Essa constatação não justifique que se negue o significado da Constituição jurídica: O Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição. (...) A íntima conexão, na Constituição, entre normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com seu objeto, o Direito Constitucional se concretize desse condicionamento da normatividade. (...) A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*).

Em outros termos, *o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.*

Segundo o professor e Procurador Federal Marcelo Novelino (2016, p. 138), “os princípios da força normativa e da máxima efetividade têm sido invocados para desconstituir, por meio de ação rescisória, decisões de instâncias inferiores já transitadas em julgado quando baseadas em interpretação divergente da conferida ao dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal”, sendo que o objetivo dos princípios supramencionados é evitar o enfraquecimento da normatividade constitucional. É o que também defende o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes:

sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Nas palavras de Konrad Hesse, “a concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional”, ou seja, as normas constitucionais devem adquirir a maior efetividade possível. Dessa forma, as previsões normativas não podem ser inócuas, até porque as previsões contidas no Texto Constitucional são imperativas e coercitivas em razão da força normativa.

Em razão dos postulados da força normativa da Constituição e da máxima efetividade do Texto Constitucional, todas as atividades desenvolvidas pelo Estado e pelo particular devem estar subordinadas aos ditames estabelecidos no Texto Constitucional. Logo, não há espaço para que as atividades do Estado e do particular sejam desenvolvidas alheias às diretrizes fixadas pela Lei Maior.

Destarte, deve ser cessado imediatamente o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos, pois o pagamento da verba honorária está em contrariedade ao disposto do Texto Constitucional, especialmente em contrariedade ao princípio constitucional da isonomia, representando, ainda, uma burla ao “regime de subsídio”.

Vale dizer que a previsão de pagamento de honorários aos advogados públicos, além de ilegal, estimula os causídicos a postular na via judicial questões que poderiam ser solucionadas na via administrativa, tendo em vista que a litigiosidade seria mais vantajosa para os advogados públicos, até porque estes não teriam nenhum risco, pois eventual sucumbência seria suportada tão somente pelo Estado.

A previsão dos honorários sucumbenciais para advogado no Direito Brasileiro instiga a jurisdicionalização dos conflitos, que, muitas vezes, poderiam ser solucionados sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Destarte, de modo geral, a previsão de honorários sucumbenciais para o advogado é prejudicial, pois é um desestímulo à composição extrajudicial e autônoma dos conflitos, ou seja, a previsão de pagamento de honorários sucumbenciais fomenta a judicialização das lides por parte daqueles que deveriam promover a justiça (art. 133 da CRB/1988).

Conforme se observa, a previsão de pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado público, além de estar em contrariedade ao Texto Constitucional, muitas vezes acaba fomentando a judicialização de demandas que poderiam ser solucionadas por meio de composição extrajudicial, o que é totalmente desvantajoso para o Estado, vez que este poderia receber seus créditos pela via administrativa com menor dispêndio.

Vale consignar que o pagamento de honorários sucumbenciais aos defensores públicos dos Estados e da União encontra a mesma vedação dos advogados públicos. Assim, pode-se dizer que as normas que autorizam o pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados públicos e aos defensores públicos padece de vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que violam o princípio constitucional da isonomia, bem como as disposições contidas no § 4º do artigo 39 da Constituição da República de 1988, este ao violar o regime de subsídio previsto pelo legislador constituinte, aquele ao conferir tratamento diferenciado a uma categoria de servidores públicos.

Cabe dizer que a sociedade brasileira reprova por completo todos e quaisquer “penduricalhos” agregados à remuneração dos servidores públicos, seja ele Juiz, Promotor, Advogado Público, Defensor Público, ou qualquer outro servidor, pois o recebimento de valores extras afronta os princípios constitucionais da Administração Pública.

Por essas razões, com a devida *venia*, entendo que a decisão proferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6053, a qual declarou a constitucionalidade dos honorários da Advocacia Pública, merece ser rediscutida, haja vista que o pagamento está em descompasso com a Ordem Constitucional, conforme argumentado neste texto.

Conclusão

Diante dos fatos relatados, pode-se concluir que não assemelha razoável o pagamento de honorários sucumbenciais para o advogado público, uma vez que o Estado já lhe remunera para prestação do serviço. Sendo assim, não merece receber a verba honorária, até porque o advogado público não desenvolve a atividade por sua conta e risco, conforme ocorre com o advogado privado.

De mais a mais, os honorários sucumbenciais integram o patrimônio público da entidade à qual o advogado está vinculado, portanto, o pagamento dos honorários aos advogados públicos e defensores públicos é ilegal, tendo em vista que atenta contra o patrimônio público. Ademais, o pagamento dos honorários advocatícios afronta as disposições da Constituição da República de 1988, portanto, devem ser cessados todos os pagamentos da verba honorária, até porque as normas constitucionais devem ser respeitadas e aplicadas pelos poderes constituídos em razão do princípio da força normativa da Constituição e do princípio da máxima efetividade do Texto Constitucional.

Vale reiterar que o Supremo Tribunal Federal deve acolher os pedidos formulados pela Procuradoria Geral da República na ADI 6.053, para que seja declarada a inconstitucionalidade do parágrafo 19 do artigo 85 do Código de Processo Civil e dos artigos 27 e 28 a 36, da Lei nº 13.327/2016, vez que as normas impugnadas estão em descompasso com a norma constitucional criada pelo legislador constituinte. Assim, merecem ser extirpadas do ordenamento jurídico, tendo em vista que possuem anomalia grave.

Outrossim, a previsão de pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado e aos defensores públicos desestimula a composição extrajudicial e autônoma dos conflitos, uma vez que estimula o advogado a postular nas vias judiciais em busca da premiação dos honorários sucumbenciais, resultando no aumento do número de processos e prejudicando a qualidade da prestação jurisdicional.

Dessa forma, pode-se dizer que os honorários sucumbenciais contribuem para a jurisdicionalização excessiva dos conflitos no Brasil, o que é prejudicial à efetivação da justiça e à composição dos conflitos. O que o advogado realmente precisa, seja ele privado ou público, é receber boa remuneração pelo seu trabalho, não devendo ficar à mercê de honorários sucumbenciais.

Por essas razões, com a devida *venia*, entendo que a decisão proferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6053, a qual declarou a constitucionalidade dos honorários da Advocacia Pública, merece ser rediscutida, tendo em vista que o pagamento está em descompasso com a Ordem Constitucional, consoante os argumentos apresentados.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo, Paulo, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Ponderação e Racio-**

nalidade. Revista de Direito Privado. Tradução por Luís Afonso Heck. São Paulo, v. 6, n. 24.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Ratio Juris, v. 16, n. 2, junho de 2003.

ANGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. ampl. e atualizada até 19-01-2018. São Paulo: Atlas, 2018.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Em Apresentação ao trabalho de Konrad Hesse, **A Força Normativa da Constituição**. Universidade de Freiburg. 1959.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 35. ed. Malheiros, São Paulo, 2009.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador; Editora JusPodivm, 2016.
- ROCHA, Cármem Lúcia. **Princípios constitucionais da administração pública**, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 35. ed. Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Comentários contextuais à Constituição**. 9. ed. Malheiros, 2014.

Aposentadoria especial e as alterações da EC 103/2019

Bruna da Matta Matos

*Graduada do Curso de Direito pelo Centro
Universitário Newton Paiva – Belo Horizonte/MG*

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de analisar as mudanças trazidas para a concessão do benefício previdenciário da aposentadoria especial, sob os aspectos das novas regras advindas da EC 103/2019. O benefício especial visa à proteção dos trabalhadores expostos aos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física. Com a reforma da previdência, houve alteração quanto à natureza preventiva e protetiva desta modalidade de aposentadoria. Anterior à reforma, o que se visava para a sua concessão era a exposição e o cumprimento do tempo de contribuição em exercício de atividades especiais, perigosas e/ou insalubres, pelo período de 15, 20 ou 25 anos. Com as alterações feitas pela Emenda Constitucional, passou-se a visar, como requisito, ao etário, exigindo-se a idade mínima, afastando o propósito inicial desta modalidade, que era retirar o segurado especial da vida laboral antes que fossem desenvolvidos problemas de saúde devido à exposição aos agentes físicos, químicos ou biológicos. O estudo apresenta como conclusão que o trabalhador, após anos sendo exposto aos agentes prejudiciais à saúde, ao atingir o requisito tempo de exposição, se depara com a nova exigência de idade mínima, imposta pela reforma. A metodologia utilizada foi o método dedutivo; quanto aos meios de pesquisa, foi o bibliográfico. Por fim, foi realizado um estudo dos impactos trazidos pela Emenda sob o aspecto do retrocesso social e psicológico.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. Prejuízo à saúde. Reforma da Previdência. Retrocesso jurídico.

ABSTRACT

This study aims to analyze the changes brought to the granting of the special retirement pension benefit, under the aspects of the new rules arising from EC 103/2019. The special benefit aims to protect workers exposed

to harmful agents that are harmful to health or physical integrity. With the pension reform, there was a change in the preventive and protective nature of this type of retirement. Since, prior to the reform, what was intended for its concession was the exposure and fulfillment of the contribution time in the exercise of special, dangerous and/or unhealthy activities, for a period of 15, 20 or 25 years. With the changes made by the Constitutional Amendment, age began to be seen as a requirement, requiring the minimum age, moving away from the initial purpose of this modality, which was to remove the special insured from working life before health problems developed due to exposure to physical, chemical or biological agents. The study concludes that the worker, after years of being exposed to agents that are harmful to health, upon reaching the exposure time requirement, is faced with the new minimum age requirement, imposed by the reform. The methodology used was the deductive method, as the means of research was the bibliographic. Finally, a study of the impacts brought by the Amendment under the aspect of social and principled setback was carried out.

Keywords: Special retirement. Harm to health. Social security reform. Legal setback.

Introdução

Visando proteger o trabalhador exposto aos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física, a retirada mais cedo do mercado de trabalho desses profissionais foi a medida preventiva e protetiva assegurada pela Constituição Federal e pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio esse indispensável para o estudo do benefício em apreço, devido à sujeição do trabalhador às condições prejudiciais à saúde. A aplicação desse princípio é de suma relevância para o direito previdenciário, bem como para as demais áreas do direito.

Tendo em vista que as normas oriundas dessa modalidade de aposentadoria foram criadas com intuito de proteger e assegurar o direito à saúde e à previdência, qualquer dispositivo em contrário a esta norma e ao princípio mencionado pode ser considerado um retrocesso que afeta não somente a lei, mas também o poder hierárquico da Carta Magna.

Neste sentido, a Emenda Constitucional 103/2019 abrange mudanças e limitações que interferem diretamente na concessão do benefício em comento. Diante da nova roupagem trazida

pela reforma, a exigência do requisito etário para a concessão da aposentadoria especial passou a ser uma discussão de extrema relevância, vez que, na regra anterior, não era exigido.

Ademais, essas e outras mudanças ferem vários princípios constitucionais e trazem consequências que podem ser irreversíveis para uma boa parte dos trabalhadores que laboram em condições especiais, mas que não atingiram os requisitos necessários na regra anterior. Isso deixa, portanto, um cenário de desconforto jurídico quanto à aposentadoria especial, de incerteza, e de frustração aos segurados que já laboram por anos em atividades especiais e, ainda assim, estão distantes de se aposentar pela nova regra previdenciária.

Desse modo, a necessidade de estudar os impactos trazidos por essas mudanças torna-se indispensável, tendo em vista que tais alterações poderão tomar proporções maiores e desconfortáveis aos segurados especiais e a sociedade como um todo, haja vista que as mudanças ferem alguns princípios norteadores do ordenamento jurídico e da Constituição Federal.

1 Caracterização da aposentadoria especial

1.1 Aposentadoria especial

A aposentadoria especial foi instituída há cerca de 61 (sessenta e um) anos, pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, chamada Lei Orgânica da Previdência Social — LOPS, trazendo um rol de benefícios previdenciários. Nesse primeiro momento, a aposentadoria especial foi criada com intuito de conceder aos trabalhadores contribuintes do RGPS um benefício preventivo, visando à retirada mais cedo destes trabalhadores do ambiente prejudicial à saúde, desde que cumprissem os requisitos conforme o art. 31 da Lei anteriormente mencionada, nestes termos:

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Para autores como Carlos Alberto Pereira e João Batista Lazzari (2004), a aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividade considerada prejudicial à saúde ou à integridade física.

Podemos dizer que esta benesse previdenciária permite que o trabalhador exposto aos agentes físicos, químicos e biológicos se aposente mais cedo, para amenizar os danos sofridos ao decorrer da vida laboral nestes ambientes penosos.

Segundo Ribeiro (2020), a aposentadoria especial é um benefício de natureza compensatória e que:

[...] visa garantir ao segurado do Regime Geral de Previdência Social uma compensação pelo desgaste do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Esta modalidade de aposentadoria tem como fundamento a proteção à saúde ou integridade física do trabalhador, permitindo sua saída do mercado de trabalho mais cedo antes de ser atingida sua saúde. Neste sentido, Horvalth (2019, p. 59) entende que, de forma sintética, a aposentadoria especial tem caráter protetivo e preventivo; e,

O que determina o direito à prestação é a exposição do trabalhador ao agente nocivo presente no meio ambiente laboral e no processo produtivo em nível de concentração superior aos limites de tolerância estabelecidos.

Para Vendrame (2005, p. 143), a filosofia da aposentadoria especial é recolher o segurado mais cedo para os seus aposentos, de forma que este não chegue a manifestar qualquer doença.

Na visão de Schuster (2016, p. 38), a aposentadoria especial é uma técnica de proteção específica da previdência social, com condições de evitar a efetiva incapacidade do trabalhador pela redução de contribuição.

Entretanto, não é necessário que haja prejuízo à saúde, isso porque a sujeição do trabalhador aos agentes nocivos é o que determina o direito.

O fato gerador dessa modalidade de aposentadoria especial é a exposição aos agentes agressivos, mesmo que não haja incapacidade para o trabalho; a simples sujeição a eles sem a devida proteção já garante esta prestação previdenciária.

1.2 Breve Histórico

No decorrer dos anos, a aposentadoria especial passou por várias fases, entre elas podemos citar as três mais relevantes.

A primeira fase ocorreu pela Lei nº 3.807/90, com o surgimento da Aposentadoria Especial. Nesse mesmo ano, fora aprovado o Regulamento Geral da Previdência Social, com o primeiro quadro de atividade especial. Em 1968, a Lei nº 5.540 afastou o requisito etário, ano em que surgiu o Decreto nº 62.230/1968, trazendo novas relações de agentes agressivos e de profissões consideradas perigosas, insalubres e penosas. O Decreto nº 83.080/1979 aprovou um novo regulamento de benefícios e elevou o nível de ruído para 90 decibéis. No ano de 1984, pelo Decreto nº 89.312, fora expedida uma nova edição da Consolidação das Leis da Previdência Social — CLPS.

Em 1988, ocorreu a promulgação da Constituição Federal, trazendo a proteção a vários direitos sociais. No ano de 1991, surgiu a Lei de Benefícios, Lei nº 8.213/91 e o Decreto nº 357/91. Frisa-se que, até 28/04/1995, era possível comprovar a atividade especial através de enquadramento profissional. Ocorre que após, esta data, passou-se a ser exigida a comprovação por meio de formulário, vedando enquadramento posterior a essa data.

A segunda fase relevante deu-se em 1996, com a Medida Provisória nº 1.523, a qual instituiu o laudo técnico — LTCAT. No ano seguinte, foi aprovado o Decreto nº 2.172, com o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Em 1997, pela Lei nº 9.228, passou-se a ser obrigatório constar a utilização de EPI nos LTCATs.

O Decreto nº 3.048/99 consolidou todas as informações pertinentes à Aposentadoria Especial, pelo Regulamento da Previdência Social.

A terceira e última fase foi a Reforma da Previdência no ano de 2019, quando se passou a exigir a idade mínima para a concessão do benefício, além da vedação da conversão do tempo especial em comum. No ano seguinte, por meio do Decreto nº 10.410/20, trouxe alterações significativas ao Decreto nº 3.048/99, especialmente nos aspectos da aposentadoria especial.

1.3 Natureza Jurídica da Aposentadoria Especial

Segundo Ladenthin (2020, p. 31), a aposentadoria especial era uma espécie de prestação previdenciária, de natureza preventiva. Esta modalidade de benefício difere das demais aposentadorias e não se confunde.

Para Martinez (2010, p. 47), a aposentadoria especial é uma espécie de prestação previdenciária comum, se comparada com as prestações acidentárias ou constitucionais, sendo excepcional em face da aposentadoria por tempo de contribuição por deflagrar o direito em tempo menor (15, 20 ou 25 anos), em razão do sinistro a que se sujeita o segurado especial.

Para alguns doutrinadores, a aposentadoria especial seria uma espécie do gênero aposentadoria por tempo de contribuição. Mas Ladenthin (2020, p.31) diverge desse entendimento, no sentido que em sua visão;

A aposentadoria especial é um benefício autônomo e seu conceito não se encontra atrelado a nenhum outro benefício previdenciário. A aposentadoria especial possui suas próprias características, diferenciadas das demais prestações da Previdência Social.

Uma das diferenças que podemos citar é o tempo de contribuição e a idade, vez que a aposentadoria especial exige prazos mínimos de 15, 20, 25 anos de efetiva exposição aos agentes nocivos.

No mesmo sentido, não há como falar que a aposentadoria especial seja a modalidade de aposentadoria por invalidez. Apesar de a Lei nº 8.213/1991, art. 57, § 8º, exigir a saída do segurado do ambiente penoso, sob pena de cancelamento do benefício, conforme o art. 46 da Lei supracitada, não há impedimento quanto ao exercício de outra atividade que não exponha o segurado a agentes prejudiciais à sua saúde. De modo que o benefício deverá ser suspenso durante o período em que se continuar exercendo atividade exposta à nocividade, sendo posteriormente restabelecido, após o fim do labor no ambiente que levou a concessão do benefício especial.

Já na aposentadoria por invalidez, a natureza jurídica não é preventiva e, sim, reparadora, e a incapacidade para o trabalho já se consumou; por sua vez, a incapacidade é insuscetível de reabilitação, sendo qualquer trabalho neste caso obstado, sob pena de cessação do benefício.

Desta forma, a aposentadoria especial não é modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição, tampouco por invalidez.

Há divergência doutrinária no aspecto do gênero da aposentadoria em estudo, no sentido de que os autores João Batista

Lazzari, Gisele Lemos Kravchychyn, Jefferson Luis Kravchychyn e Carlos Alberto Pereira de Castro concordam que:

[...] aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Para eles, a aposentadoria especial é um benefício de natureza previdenciária, que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.

Entretanto, esta modalidade de aposentadoria se distingue em todos os sentidos das demais aposentadorias, sendo que a aposentadoria especial, mesmo após a EC 103/2019, continua tendo uma natureza jurídica diferenciada das demais, vez que tem suas características e peculiaridades próprias, destinadas àqueles segurados que trabalham diretamente com agentes prejudiciais à saúde.

1.4 Requisitos Necessários à Aposentadoria Especial

O art. 57 da Lei nº 8.213/1991 estabelece três modalidades de aposentadoria especial, quais sejam:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Nesse sentido, determinadas atividades, pelo grau de nocividade que oferecem ao trabalhador, concedem a aposentadoria a períodos menores, como é o caso dos mineiros que trabalham no subsolo, de modo que a aposentadoria se dá após 15 anos trabalhados. Dessa maneira, existem outros grupos de trabalhadores com direito de se aposentar após 20 ou 25 anos, segundo o grau de risco da atividade especial em que esteve exposto.

Sendo que o tempo mínimo de contribuição está associado ao grau de risco da exposição, qual seja:

- 25 anos de contribuição para os trabalhadores expostos a condições especiais de baixo risco;
- 20 anos de contribuição para os trabalhadores expostos a condições especiais de médio risco e;
- 15 anos de contribuição para os trabalhadores expostos a condições especiais de alto risco.

No entanto, a redação original do art. 31 da Lei nº 3.807/1960 previa uma idade mínima de 50 anos para que os segurados pudessem fazer jus do benefício, mas a Lei nº 5.440-A suprimiu a exigência de idade mínima para a aposentadoria especial.

Portanto, era necessária para a concessão da aposentadoria especial de forma cumulativa a efetiva exposição aos agentes de riscos pelo tempo de exposição de 15, 20 ou 25 anos, sem previsão de idade mínima.

2 As alterações trazidas pela EC 103/2019

2.1 Exigência da Idade Mínima e suas Consequências

Com a EC. 103/2019, houve alteração ao estabelecer uma idade mínima para essa modalidade de aposentadoria, deixando-se, portanto, de ser um benefício preventivo, que era necessário apenas o tempo mínimo de exposição para se tornar uma prestação previdenciária, com exigência de idade mínima, conforme o art. 19, §1º, da EC 103/2019.

Implementar a idade mínima na aposentadoria especial sempre foi uma preocupação do legislador desde 1960, quando o benefício foi instituído. Mas nunca foi realizado um estudo técnico sobre os prejuízos efetivamente causados aos trabalhadores que exercem atividades especiais.

Ainda assim, mesmo sem um devido estudo técnico, a idade mínima passa a ser requisito para a aposentadoria especial a partir da entrada em vigor da EC 103/2019, nos termos do art. 19 da EC 103/2019. Ocorre que os segurados que se aposentaram pela modalidade especial enfrentarão algumas consequências.

Para Domingos (2020, p. 375), a imposição a um período bem maior de submissão a condições deletérias de trabalho, em razão da implantação do requisito etário na aposentadoria especial, vem desprovida do necessário estudo técnico-científico que comprove, incólume de dúvidas, de modo que as extensões da sujeição a tais situações perniciosas não tratam maiores déficits à saúde do trabalhador, aqueles presumidamente ocorridos e em formação decorrente da exposição pelo lapso contido na norma anterior.

Neste sentido, Ladenthin (2020, p. 141), em sua tese, defende três consequências basilares decorrentes da nova exigência. A primeira é a consequência econômica, a qual se revela através da perda da capacidade de trabalho por questões fisiológicas, abordada por ela como um defeito de ingresso, ou seja, uma redução da capacidade de ganho, de maneira que obriga o trabalhador a deixar a atividade laborativa ou a diminuir o ritmo. Sendo um desafio manter no posto de trabalho competitivo após alcançar a idade e o tempo mínimo de exposição, isso porque as condições físicas de trabalho comprometem sua única fonte de renda, que será a aposentadoria, já diminuída pelo valor do cálculo após a EC 103/2019.

Além da consequência econômica, na ótica médica após determinada idade, há um desgaste natural do organismo humano, e é certo que o envelhecimento não é uniforme para todos os indivíduos, mas para os trabalhadores expostos às atividades nocivas, têm desgastes causados pelas condições adversas à saúde, o que acelera o processo do envelhecimento.

Isso acontece devido aos agentes causadores de males à saúde, tais como ruído, calor, agentes cancerígenos, biológicos e químicos, os quais potencializam, com o passar do tempo, os efeitos desgastantes no organismo e provocam, assim, a diminuição da expectativa de sobrevida.

Portanto, haverá uma necessidade mais recorrente dos serviços de Saúde, cuidados extras, além do aumento dos gastos com medicamentos. Após a saída do mercado de trabalho, o segurado se abrigará nos serviços médicos de saúde pública do SUS, o que, em diversas localidades, é precário e saturado.

Por último, a consequência social, vez que os trabalhadores que tiveram a vida laboral intensa, ao chegar à velhice, têm sentimentos de inutilidade ou fracasso na maioria das vezes, diante da necessidade de diminuição da jornada de trabalho pelo desgaste físico e/ou mental, ocasionado pelo labor em atividades nocivas. Ademais, considerando o ambiente hostil em que o trabalhador passou a maior parte da sua vida, irá necessitar de cuidados extras, de tal forma que exigirá da família uma atenção maior.

Segundo Assis (2004, p. 161), o risco social ao atingir um indivíduo reflete em toda a sociedade, sendo perigoso e ameaçador à coletividade diante da possibilidade de qualquer de seus membros, por esta ou aquela ocorrência, ficar privado dos meios essenciais à vida, transformando-se em um nódulo de infecção no organismo social que cumpre extirpar.

Neste viés, ao exigir uma idade mínima em uma aposentadoria que tinha como princípio basilar a prevenção e a proteção, torna-se uma proteção tardia, o que passa a não ser considerado proteção e, sim, reparação. Com efeito, o prolongamento do período na atividade nociva pode ter caráter irreparável, ficando o segurado desprotegido na ótica da prevenção.

2.2 Regras de Transição da Aposentadoria Especial para os Filiados no RGPS

A regra permanente, embora estabeleça idade e tempo, será distinta da regra geral para a modalidade de aposentadoria especial. Mas esses requisitos não foram trazidos no texto da Emenda, de modo que ficará a cargo de Lei Complementar a fixação desses requisitos preenchendo a lacuna. Portanto, poderão ocorrer mudanças futuras de idade e de tempo para o benefício, já que não necessita de uma nova Emenda Constitucional, o que seria, em tese, mais rígido para alterá-la.

Enquanto isso, a idade e o tempo de contribuição para a nova aposentadoria especial serão regidos pela regra transitória do art. 19, para os filiados após entrada em vigor da EC 103/2019, nos termos do art. 19 da EC 103/2019:

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

- a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
- c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;

Por outro lado, o art. 21 da EC 103/2019 trouxe algumas regras de transição para os segurados já filiados ao RGPS, que contemplam a soma mínima da idade e tempo de contribuição, além do tempo mínimo de trabalho com exposição a agentes prejudiciais à saúde.

Segundo Castro (2019, p. 105), os segurados que tenham se filiado ao RGPS até a data da entrada em vigor da Emenda, que tenham exercido atividades com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos, ou associação desses agentes, poderão aposentar-se quando a soma total resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo da efetiva exposição for, nos termos a seguir:

- I – 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;
- II – 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e
- III – 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

Outra mudança é que a idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias, para o cálculo dos pontos. E não há mais qualquer diferença entre homens e mulheres, sendo exigidos para ambos a mesma pontuação e o mesmo tempo de atividade especial.

Portanto, os filiados no Regime Geral de Previdência Social após o dia 13.11.2019 deverão cumprir a idade e o tempo de efetiva exposição para adquirirem o direito a esta modalidade de aposentadoria, conforme a regra de transição do art. 19 da EC 103/2019.

2.3 Redução do Coeficiente do Cálculo da RMI

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional, o cálculo da Renda Mensal Inicial – RMI – da aposentadoria especial foi unificada com a metodologia de cálculo dos demais benefícios previdenciários.

O art. 26 da EC 103/2019 incluiu a aposentadoria especial na nova metodologia, passando a nova regra de cálculo da RMI se limitar a 60% do valor sobre a média de todos os salários a partir de julho de 1994, acrescentando a esse cálculo mais 2% para cada ano de contribuição que exceder os 20 anos para homens e 15 anos para mulheres, conforme quadro a seguir:

ATÉ A EC 103/2019	PÓS-EC 103/2019
100% média de 80% dos maiores salários de contribuição desde 07/1994, sem fator previdenciário	CÁLCULO DA MÉDIA: 100% de todos os salários de contribuição desde 07/94 COEFICIENTE: 60% + 2 %, após: - 15 anos, se mulher - 15 anos, se mineiro afastando das frentes de produção - 20 anos, se homem

Portanto, passou-se a aplicar um fator previdenciário, o que, conseqüentemente, reduziu o cálculo da aposentadoria especial.

2.5 A Conversão do Tempo Especial em Comum

Após a Emenda Constitucional 103/2019, os segurados que labutam em ambientes nocivos, por tempo inferior ao exigido, não terão nenhum critério diferente para assegurar sua proteção, vez que o art. 25, § 2º vedou expressamente a conversão do tempo especial em comum. Vejamos:

Art 25. [...]

§ 2º Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data da entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data.

Portanto, a conversão só será possível para os períodos trabalhados sob condições especiais, exercidos antes do dia 12.11.2019. Após essa data, é vedada a possibilidade de converter o tempo especial em comum, ainda que o segurado esteja trabalhando em atividades consideradas especiais. No entanto, ou o segurado completa os requisitos da regra transitória (idade mínima e tempo de efetiva exposição), ou da regra de transição (tempo especial e pontos), ou o tempo exercido sob atividade especial após a EC 103/2019 só será considerado como tempo comum de contribuição.

Para Ladenthin (2020, p. 230), “jamais poderia ter sido revogada a conversão, visto que não é regra previdenciária e,

sim, matemática, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça”.

Desta forma, há diversos pontos controvertidos no artigo 25, § 2º, entre eles a exigência do efetivo prejuízo à saúde para a conversão dos períodos especiais em comum antes da Emenda. A efetiva exposição difere do efetivo prejuízo à saúde; em seu entendimento, foi estabelecido um critério novo para regular uma situação já consolidada.

Neste sentido, Castro (2019, p. 615) compreende que a interpretação literal do dispositivo tempo efetivo, exercido em atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, pode levar o INSS a entender como necessária a realização de perícia médica para a avaliação de perda da capacidade laborativa ou doença relacionada com o tempo de exercício da atividade especial. Desse modo, na visão de Castro, essa exigência seria inconcebível, pois se refere a tempo prestado antes da aprovação da Emenda Constitucional, e violaria duas regras basilares do reconhecimento de tempo de serviço/contribuição diretamente ligada ao princípio *tempus regit actum* (STF, RE 392.559, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 3.3.2006), quais sejam:

- a) o tempo de serviço/contribuição é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador; e
- b) a lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço/contribuição não pode ser aplicada retroativamente, em razão da intangibilidade do direito adquirido.

Vejamos: o artigo revoga a conversão; no entanto, deveria ao menos manter as regras já vigentes até a alteração. Com efeito, a alteração trazida pelo artigo deveria, em tese, alterar os requisitos a partir da EC 103/2019, e não retroagir os efeitos da nova lei para atingir períodos anteriores à entrada em vigor. Segundo Ladenthin (2020, p. 231), “[...] se a conversão é mantida até 12.11.2019, porque vigia essa possibilidade legal até então, não é plausível que se mudem as regras futuras, atingindo situações pretéritas, sob pena de infringir aquilo que já integrou o patrimônio jurídico do trabalhador”.

Vale destacarmos a premissa prevista na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileira (LINDB), quanto à lei no tempo e espaço. Vejamos o art. 1, § 2º:

Art. 1. [...]

§ 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Outro ponto controverso do referido artigo é a omissão quanto à conversão dos agentes prejudiciais à integridade física, vez que o artigo prevê apenas as atividades prejudiciais à saúde, ficando de fora as atividades prejudiciais à integridade física anteriores à Emenda. Nesse sentido, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI – propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade do referido artigo, a ADI 6309, que aguarda julgamento.

Por todo exposto, contrariando totalmente a lógica de proteção da aposentadoria especial, no sentido da expectativa de sobrevivência do segurado, e de assegurar a proteção à saúde e integridade física, após a EC 103/2019, de forma injustificável, é expressamente vedada a conversão do tempo especial em comum, derrocando o pilar da proteção aos trabalhadores expostos aos agentes nocivos.

3 Os impactos trazidos pela EC 103/2019 na aposentadoria especial

A aplicação do direito não é restrita apenas na Lei, mas se baseia também em princípios, costumes, doutrinas, entre as diversas hermenêuticas oriundas do ramo. Os princípios, por sua vez, têm a função de auxiliar os tribunais em suas decisões quando a norma jurídica deixar lagunas ou inexistir para regulamentar o caso concreto.

Os princípios norteiam o nosso ordenamento jurídico, com objetivo de proporcionar um bem-estar social e fazer efetiva a aplicação dos direitos fundamentais. A seguridade social foi criada visando reduzir a desigualdade e proteger o indivíduo. Nessa direção, Santos (2013) entende que a evolução da seguridade social decorre da existência da desigualdade em meio à sociedade, de várias formas, entre elas a socioeconômica, de forma que não existem apenas problemas individuais, mas há também problemas sociais.

No âmbito do direito previdenciário, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim como em outras áreas do direito, é o pilar para garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais amparados pela Constituição Federal. Previsto no art.

1º, III, da CF/88, visa promover o bem-estar social, de modo que assegure as mínimas condições para uma existência digna.

No mesmo sentido, o Princípio da Proibição ao Retrocesso social pretende preservar os direitos sociais, adquiridos ao longo da história. Entre esses direitos, está o direito da previdência social, conforme o art. 6º da CF/88, ligado à aposentadoria especial, criada com o intuito de garantir a proteção à saúde e à vida do trabalhador especial.

Seguindo esta linha dos princípios protetivos, temos o Princípio da Segurança Jurídica, o qual tem por objeto a preservação do ordenamento jurídico diante das alterações repentinas, com o propósito de impedir mudanças em curto espaço de tempo que sejam onerosas e bruscas para a sociedade, respeitando o direito adquirido e protegendo a violação de quaisquer direitos individuais, mantendo de forma estável as relações jurídicas.

Para trazer igualdade, um dos pilares é o Princípio da Isonomia, cuja finalidade é tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Ainda, no sentido dos princípios protetores, Moraes (2020, p. 997) aborda um conceito sobre o Princípio da Razoabilidade. Em seu entendimento, “é aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas competências, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes”.

Diante do exposto, é visível que, com o passar do tempo, o cenário jurídico e social muda de tal forma que as leis têm que se adaptar a essa mudança, mas o legislador deve cuidar ao modificá-las ou criá-las, respeitando os direitos fundamentais previstos pela constituição, de modo que, em hipótese alguma, poderão ferir o direito da dignidade da pessoa humana.

A nova roupagem para a concessão da aposentadoria especial traz um retrocesso social lastimável, que fere diretamente os direitos sociais dos trabalhadores que, com muita luta e árduo trabalho, conquistaram, aniquilando-os com a reforma. Principalmente o direito à dignidade da pessoa humana, que, com a reforma previdenciária, passou a ser visto apenas como ideológico e ineficaz, vez que seu objeto foi dizimado, favorecendo assim o risco social e a incerteza jurídica.

Segundo Ramos, o Princípio da Proteção procura oferecer o mínimo de garantia à parte menos favorecida na relação, em face das normas impositivas editadas pelo Poder Público, visando diminuir as desigualdades existentes.

Contudo, os trabalhadores expostos em condições prejudiciais à saúde merecem fazer jus aos direitos fundamentais resguardados na Carta Magna. Tais direitos visam diminuir os impactos que as exposições decorrentes de anos laborados em ambientes laborais danosos deixaram na saúde desses trabalhadores.

O que vemos com a entrada da Emenda Constitucional 103/2019 é uma supressão de direitos, uma proteção desproporcional e ineficiente. Uma afronta ao art. 7º da CF/88, o qual assegura que o trabalhador será protegido, diminuindo, assim, os riscos do exercício da função, através de normas de proteção à saúde, higienização e segurança. Desse modo, torna-se inconstitucional retroceder as normas e desproteger a função social que assegura o ordenamento jurídico.

Portanto, as mudanças advindas da Emenda, tanto quanto as regras transitórias, bem como a regra permanente ainda em discussão, a exigência da idade mínima para esta modalidade de aposentadoria, além da alteração na forma do cálculo do valor do benefício, e a vedação da conversão do tempo especial em comum, entre outras mudanças aqui tratadas, demonstram os impactos negativos dessa mudança e um grande descompasso com todos os princípios constitucionais anteriormente mencionados. Esses impactos poderão se tornar irreversíveis para muitos trabalhadores e, sem dúvidas, para o ordenamento jurídico.

Conclusão

O estudo desenvolvido buscou explorar as alterações feitas na aposentadoria especial pela Emenda Constitucional 103/2019, os impactos negativos na vida dos trabalhadores que laboraram por anos em condições especiais, bem como o estudo das novas regras para a concessão do benefício em comento, trazendo um olhar crítico aos novos requisitos que ferem os princípios basilares de proteção aos trabalhadores em condições especiais.

O objetivo dessa modalidade de benefício era proteger a saúde do trabalhador exposto a atividades prejudiciais, retirando-se esses trabalhadores mais cedo do ambiente laboral, concedendo-os à aposentadoria especial. Por possuir características diferentes das demais modalidades das aposentadorias, com caráter previsível, tem a finalidade de prevenir o trabalhador que exerça atividades em condições adversas, sendo, portanto, até a reforma tratada como um benefício de natureza previdenciária preventiva.

Porém, com a reforma, ocorreu um grande retrocesso social, exterminando direitos que foram arduamente conquistados ao longo de 61 anos de criação dessa modalidade. A descaracterização da finalidade desse benefício torna o trabalhador especial um simples objeto no ambiente penoso, ferindo frontalmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Contudo, é de tamanho a discrepância, as mudanças quanto à exigência da idade mínima, a redução de valor do benefício e a vedação da conversão do tempo especial em comum, sem um estudo técnico apropriado para tais alterações.

Portanto, a Reforma da Previdência (EC 103/2019), de forma arbitrária, majorou os requisitos para a concessão do direito da aposentadoria especial, restringindo os direitos já positivados no ordenamento jurídico, e modificando a natureza jurídica preventiva e protetiva do benefício, afrontando diretamente aos princípios constitucionais abordados.

Desse modo, conclui-se que faltou um olhar técnico na história por trás da criação da norma, bem como estudos técnicos nos ambientes de trabalho agressivos à saúde do trabalhador, para verificação dos riscos a serem enfrentados ao deixarem os trabalhadores por mais tempo em ambientes prejudiciais à saúde.

Por fim, a mudança sem estudo técnico aprofundado poderá trazer severas consequências sociais e econômicas, sendo essas consequências inevitáveis e irreparáveis para os trabalhadores especiais, atingidos de forma severa pelo Poder Legislativo, que não visou à prevenção à saúde e à segurança do trabalhador.

Referências

- ASSIS, Armando de Oliveira. **Em busca de uma concepção moderna do risco social**. In revista de Direito Social. Porto Alegre Notadez, 2004.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de nov. 2021.
- BRASIL. **Emenda constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 12 de nov. 2021.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 22. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. Ed. rev. e atual. Florianópolis, 2004.

HORVATH, Miguel Júnior. **Direito previdenciário** – Barueri, SP: Manole, 2011.

LADENTHIN, Adriane Bramante Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática** – ed. 5, Curitiba: Juará, 2020.

LADENTHIN A, **Aposentadoria Especial Após a EC 103/19, Tese (Doutorado em Direito Previdenciário)** – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2020.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Prática Processual Previdenciária. Administrativa e Judicial**. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. – São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/>. Acesso em: 12 Nov. 2021.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Aposentadoria especial**. 5. ed., São Paulo: LTr, 2010.

NEWTON PAIVA. **Revista eletrônica de direito**. Disponível em <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/>>. Acesso em 12 de out de 2021.

DOMINGOS. Carlos “Caca”. **Aposentadoria Especial no Regime Geral de Previdência Social. Antes e depois da Reforma da Previdência**. São Paulo: Lujur, 2020.

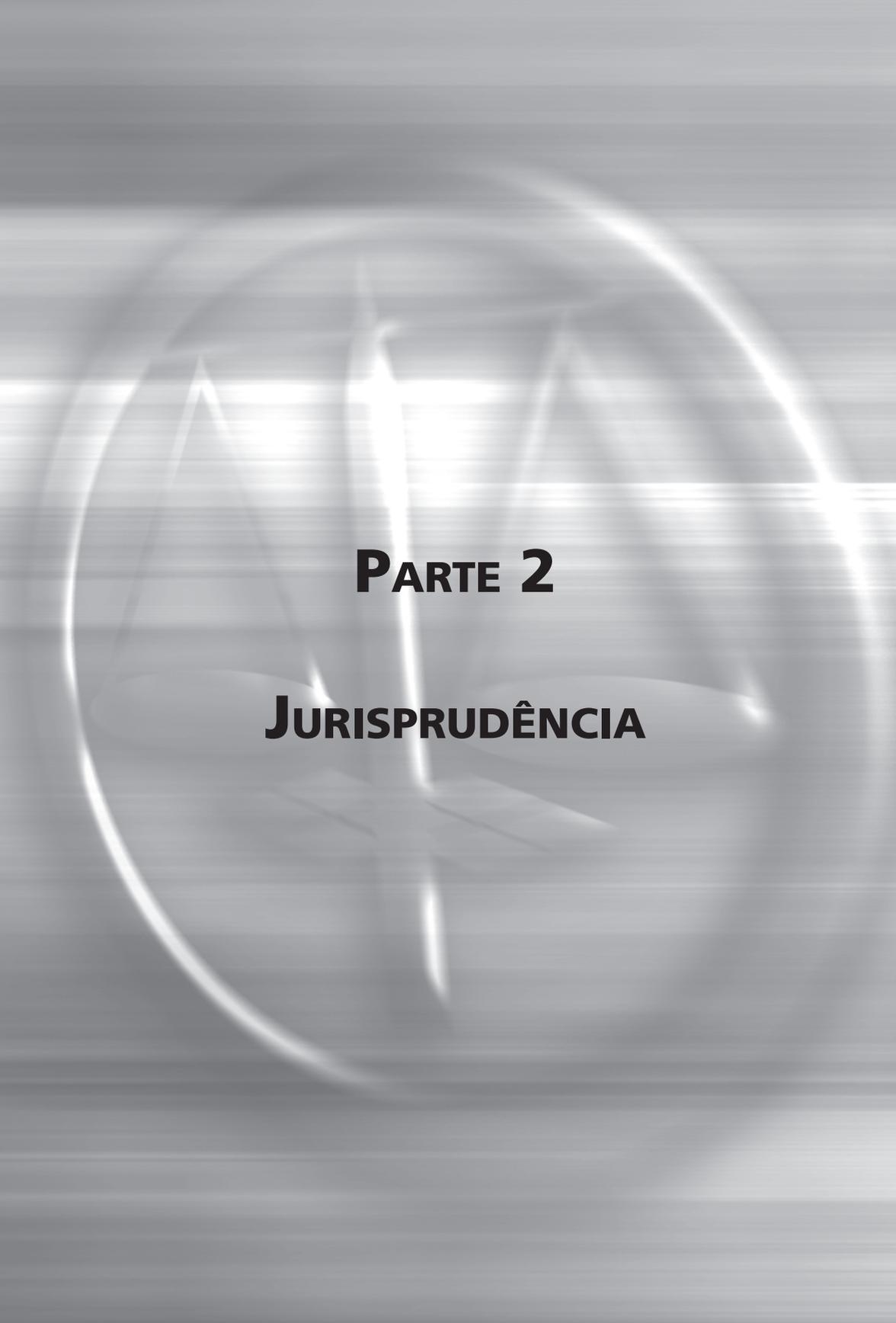
RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim, **Aposentadoria Especial. Regime Geral de Previdência Social**, 10. ed. Curitiba: Juará, 2020.

RAMOS, Richard. **O princípio protetivo e a reforma trabalhista. 2019**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/316823/o-principio-protetivo-e-a-reforma-trabalhista>. Acesso em: 12 Nov. 2021.

SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria especial: entre o princípio da precaução e a proteção social** – Curitiba - Juruá, 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENDRAME, Antônio Carlos. **Implicações legais na emissão do PPP e do LTCAT**. São Paulo, LTr, 2005.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Alienação fiduciária em garantia. Bens imóveis. SFI. Lei nº 9514/97. Constitucionalidade. Repercussão geral.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 982. DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEI 9.514/1997. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NOS CONTRATOS DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONFIRMA A VALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, INCISOS XXIII, XXV, LIII, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PROCEDIMENTO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE.

1. A Lei 9.514/1997 dispõe de medidas indutivas ao cumprimento das obrigações contratuais, sob a orientação de redução da complexidade procedimental e sua desjudicialização, cuja aplicação pressupõe o consentimento válido expresso das partes contratantes e a ausência de exclusão

total de apreciação da situação pelo Poder Judiciário.

2. A jurisprudência desta Corte, em questão análoga, firmou-se no sentido da recepção do Decreto-Lei 70/1966, inclusive quanto à validade da execução extrajudicial da garantia hipotecária, fixando-se como tese do Tema 249 da Repercussão Geral: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66” (RE 627.106, Rel. Min. Dias Toffoli).

3. A execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, prevista na Lei 9.514/1997, é compatível com as garantias constitucionais, destacando-se inexistir afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) e do juiz natural (art. 5º, LIII, CF/88), posto que se assegura às partes, a qualquer momento, a possibilidade de controle de legalidade do procedimento executório na via judicial.

¹ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15364329293&ext=.pdf>>.

4. Inexiste, igualmente, violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), tendo em vista que o procedimento extrajudicial que confere executividade ao contrato de financiamento imobiliário é devidamente regulamentado pela legislação de regência, não se tratando de procedimento aleatório ou autoconduzido pelo próprio credor.

5. A questão revela tema de complexa regulação econômica legislativa, com efeitos múltiplos na organização socioeconômica, que promove tratamento constitucionalmente adequado à questão, no equilíbrio entre a proteção pelos riscos assumidos pela instituição credora e a preservação dos direitos fundamentais do devedor, adequando-se aos influxos decorrentes do referencial teórico da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), além de alinhar-se à tendência do direito moderno de desjudicialização.

6. Recurso extraordinário **CONHECIDO** e **DESPROVIDO**.

7. Proposta de Tese de Recursão Geral: *“É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 982 da repercussão geral, em conhecer do recurso extraordinário e negar-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal *a quo*, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Por unanimidade, fixou a seguinte tese: *“É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”*.

Brasília, 26 de outubro de 2023.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**
RE 860.631. DJE 14/02/2024

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto por José Carlos Santana Filho, com fulcro no art. 102, III, “a” e “b”, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-

3) que negou provimento a agravo manejado contra decisão que negou seguimento ao recurso de apelação interposto pelo ora recorrente contra sentença de improcedência proferida nos autos de ação anulatória de procedimento de execução extrajudicial de imóvel alienado fiduciariamente pelo Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, previsto na Lei nº 9.514/1997.

O acórdão recorrido foi assim ementado (doc. 164), *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - CPC, ART. 557 - SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 - NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70 66 - O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL.

I - Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II - Diante da especificidade da lei em comento, não há que se

falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

IV - In casu, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V - Agravo legal improvido.” (TRF 3ª Região, Segunda Turma, - Apelação Cível, 0012616-91.2009.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal Cotrim Guimarães, julgado em 14/2/2012, e-DJF3 de 23/2/2012)

Em suas razões recursais, o recorrente alega, em síntese, a violação ao artigo 5º, incisos XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Sustenta que a execução extrajudicial no Sistema Financeiro Imobiliário, prevista pela Lei 9.514/1997, viola os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, na medida em que permite ao credor fiduciário a excussão do patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem a

figura imparcial do juiz natural, o que representaria forma de autotutela, repudiada pelo Estado Democrático de Direito. Defende, ainda, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista na referida Lei, comparando-a ao procedimento previsto no Decreto-Lei nº 70/1966, submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral (RE 627.106, Tema 249) (doc. 166).

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso.

O recurso foi admitido na origem (doc. 168).

Em 5/2/2018, o Plenário desta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, extraindo o seguinte enunciado para o tema 982 (doc. 04):

“Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997”.

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer favorável ao provimento do recurso (doc. 03, p. 146-169), reiterando a manifestação em 16/8/2019 (doc. 88).

Foram admitidos como *amici curiae* (docs. 61, 87 e 185): (i) a Associação Brasileira das Enti-

dades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP (doc. 06); (ii) a Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação – ABMH (doc. 30); (iii) o Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário – IBRADIM (doc. 63), (iv) a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN (doc. 109) e (v) o Banco Central do Brasil – BACEN (doc. 123).

Restaram indeferidos os demais pedidos de ingresso na condição de *amicus curiae*, formulados após a liberação dos autos para inclusão em pauta de julgamento (doc. 185), pelo Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo - SECOVI-SP (doc. 127) e pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - ABRAINC (doc. 137).

Posteriormente, em decisão de 18/9/2023, a Defensoria Pública da União foi também admitida no feito como *amicus curiae* (doc. 216), quando foram indeferidos os demais pedidos de intervenção no feito apresentados supervenientemente (doc. 254).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Cuida-se de recurso extraordinário que veicula o tema 982 da repercussão geral (“*Discussão relativa à constitucionalidade do proce-*

dimento de execução extra-judicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997”), a partir de acórdão que, mantendo a sentença de primeiro grau, reconheceu a constitucionalidade do procedimento extrajudicial de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia.

O presente recurso extraordinário foi interposto com fulcro nas alíneas “a” e “b” do permissivo constitucional, de modo que o pleito abarca tanto a pretensão de reforma do acórdão, quanto a análise da validade jurídico-constitucional da legislação de regência. Presentes os requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente a tempestividade, o prequestionamento, a legitimidade e o interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Plenário desta Corte (tema 982), impõe-se o seu conhecimento.

Nas razões de seu recurso, o recorrente impugna a constitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.514/1997, aduzindo afronta aos incisos XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, todos do artigo 5º da Carta Maior. A análise da pretensão recursal, portanto, requer seja cotejado o teor da Lei 9.514/1997 com os manda-

mentos constitucionais aventados, na linha do que se detalha a seguir.

I. Do contexto da edição da Lei 9.514/1997

No afã de compreender o instituto da garantia da alienação fiduciária nos contratos de mútuo e o procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997, faz-se necessária breve incursão no arcabouço jurídico que permeia o sistema financeiro habitacional brasileiro. Com efeito, há uma sucessão de leis editadas para regulamentação do tema, tendo em vista que se relaciona de forma próxima ao direito social à moradia.

Inicialmente, em 1964, por meio da Lei 4.380, foi criado o Sistema Financeiro da Habitação - SFH, com objetivo de facilitar o acesso a financiamentos imobiliários e reduzir o déficit habitacional no país. A mesma lei instituiu a correção monetária no âmbito desses contratos imobiliários de interesse social, bem como criou o Banco Nacional da Habitação - BNH, então órgão controlador do Sistema Financeiro da Habitação¹.

Dois anos depois, com a edição do Decreto-Lei 70/1966, instituiu-se a cédula hipotecária

¹ Por meio do Decreto-Lei nº 2.291/1986, o Banco Nacional de Habitação foi extinto, por incorporação à Caixa Econômica Federal - CEF.

ria, como instrumento hábil para a representação de créditos hipotecários. Dentre as hipóteses de sua emissão, destacava-se a previsão da garantia hipotecária nos casos de operações compreendidas no SFH. Ainda, quanto ao trâmite da execução hipotecária, foi conferida, na ocasião, a opção ao credor hipotecário de executar a hipoteca pelas vias dispostas no Código de Processo Civil ou pelo trâmite do decreto, já prevendo, assim, a possibilidade da execução de forma extrajudicial.

Posteriormente, em 1971, foi editada a Lei 5.741, que estabeleceu a proteção do financiamento de imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, autorizando a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao sistema tanto de forma extrajudicial (fazendo remissão aos arts. 31 e 32 do Decreto-Lei 70/1966), quanto pela via judicial, por meio do ajuizamento da ação executiva. Observa-se, desde então, que a preocupação era de simplificar e dar celeridade ao processo de cobrança dos financiamentos e retorno do capital mutuado, em contrabalanceamento dos riscos envolvidos no negócio.

Entretanto, o cenário de sucessivas crises financeiras, de planos monetários não exitosos e o crescente processo inflacionário que se viveu nas décadas seguintes geraram um desequi-

líbrio do SFH tal qual regulado, prejudicando o acesso a financiamento para aquisição de casa própria. Paralelamente, observou-se a inadequação da garantia da hipoteca frente às novas necessidades de circulação do crédito, revelando-se insuficiente para garantir o efetivo retorno dos recursos aplicados, o que contribuiu para a estagnação do financiamento habitacional. Soma-se a isso a profunda mudança sofrida pelo quadro institucional e político do país, mormente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que demandou um novo arranjo jurídico para o sistema².

Diante dessas percepções, o legislador editou, em 1997, a Lei 9.514, que passou a dispor sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, instituindo a alienação fiduciária de coisa imóvel como marca do início de um novo modelo regulatório. Nesse sentido, conforme se depreende da Exposição de Motivos Interministerial 032/MPO/MF, de 9 de junho de 1997, anexa à Mensagem 670 do Poder Executivo, de 10 de junho de 1997, extraída do Projeto de Lei 3242/1997 da Câmara dos Deputa-

² CORRÊA, Dalide B. A. Sistema Habitacional Brasileiro Aspectos Jurídicos. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/20%20-%20dalide%20b%20a%20correa.pdf>>. Acesso em 4/9/2023.

dos, posteriormente transformado na Lei 9.514/1997, objetivava-se o estabelecimento de condições mínimas necessárias ao desenvolvimento sustentável do mercado de financiamento imobiliário, com a criação de novos instrumentos e mecanismos que possibilitassem a livre operação do crédito para o setor e a mobilização dos capitais necessários à sua dinamização. O documento expõe, ainda, os antecedentes e as razões da criação da legislação em questão, *in verbis*:

"I. Antecedentes

1. Até 1964, o financiamento imobiliário esteve fortemente limitado pela ausência de mecanismos que assegurassem a manutenção do valor real dos créditos concedidos. Os efeitos corrosivos da inflação sobre as prestações e saldos devedores dos financiamentos chegaram ao ponto de impedir a reaplicação de recursos no setor.

2. Parte dessas dificuldades foi superada pela criação, naquele ano, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), acompanhada da introdução da correção monetária. Estabeleceu-se assim um arcabouço jurídico-institucional que incluía o Banco Nacional da Habitação (BNH), as sociedades de crédito imobiliário e as associações de poupança e empréstimo e foram previstas fontes de recursos próprias para o sistema - a caderneta de poupança e os depósitos do Fundo de

Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). A instituição do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), em 1967, para garantir ao mutuário a quitação de sua dívida ao final do prazo contratual, veio completar esse arcabouço.

3. Esse conjunto de medidas, num ambiente de inflação baixa e crescimento econômico acelerado, resultou em rápido incremento do financiamento habitacional. No final da década de 1970, porém, o SFH começou a perder fôlego, fenômeno que se intensificou a partir de 1983. Por seus efeitos negativos sobre a renda e o emprego, a aceleração inflacionária, somada a sucessivas medidas que acentuaram o descompasso entre os reajustes das prestações e dos saldos devedores, acabou por desequilibrar o sistema de modo grave, senão irremediavelmente.

4. *Do lado das fontes de recursos, a caderneta de poupança passou a enfrentar a competição cada vez mais acirrada da indústria de fundos de investimento, apresentando um comportamento menos dinâmico e mais volátil. Paralelamente, os novos depósitos do FGTS tornaram-se insuficientes para atender aos saques e ainda fazer novas aplicações.*

5. Esse processo acabou por paralisar o financiamento à habitação e resultou em ônus fiscal que, só em seu governo, a União passou a enfrentar - a dívida do FCVS, desaguadouro dos desequilíbrios crescentes do sistema atual. Aliás, convém re-

gistrar que as contribuições dos mutuários ao FCVS mostraram-se muito aquém das necessidades do Fundo, não obstante as medidas adotadas desde 1986 para o aumento das contribuições e a redução de sua dívida.

II. Razões da criação do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI

6. Embora o SFH tenha financiado, desde sua criação, cerca de 6 milhões de unidades residenciais, é patente o esgotamento do atual sistema. O número de unidades financiadas pelo SFH nos últimos anos tem sido, em média, menor que 100.000 por ano, número muito inferior à demanda por novas moradias, estimada em torno de 1 milhão de unidades residenciais.

[...]

8. A esse respeito, ressalte-se o grande efeito multiplicador que a indústria da construção civil tem na economia como um todo. Essa indústria tem participação equivalente a 8% no PIB, sendo metade dessa participação referente à construção de imóveis residenciais e não residenciais. É ademais responsável por 66% dos investimentos totais do país. Além disso, responde por nada menos de 4 milhões e quatrocentos mil empregos na economia formal. Esses números permitem aquilatar os efeitos sobre o investimento, renda e emprego que resultariam da reconstrução dos mecanismos de financiamento ao setor.

9. Com a consolidação em curso da estabilização macroeconômica e o crescimento popu-

lacional, vem aumentando não só a demanda por imóveis residenciais, mas também por imóveis não residenciais, sobretudo nos centros urbanos maiores. São necessidades variadas: mais escolas, hospitais, consultórios médicos, shopping centers, etc. Adicionalmente, a terceirização da economia faz crescer o número de empresas de pequeno e médio portes, que necessitam de instalações e reformas para seu funcionamento.

10. A análise da experiência de vários países mostra que o crescimento do financiamento habitacional está intimamente ligado à existência de garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados, liberdade na contratação das operações e um mercado de crédito imobiliário dinâmico, capaz de canalizar recursos de longo prazo.

*11. Em face, pois, do compromisso social do governo de Vossa Excelência e da demanda crescente por imóveis residenciais e não residenciais, sinal antecedente de um novo ciclo de expansão econômica, toma-se premente a reconstrução, em novos moldes, dos mecanismos de financiamento imobiliário.*³

³ Documento integrante do dossiê eletrônico do Projeto de Lei nº 3242/1997 da Câmara dos Deputados, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=210942>>. Acesso em 31/8/2023.

Ainda sobre o contexto da instituição da alienação fiduciária de imóvel, destaca-se que *“sua regulamentação tornou-se oportuna no momento em que a grave crise da década de 1980 atingiu duramente o setor da produção, da comercialização e do crédito imobiliário, dando causa à debacle do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e à extinção do seu órgão central, o Banco Nacional da Habitação (BNH)”*⁴. Em termos numéricos, aponta-se que a inadequação do modelo regulatório então vigente (garantia hipotecária do SFH) levou à queda do número de financiamentos imobiliários de 300 mil imóveis por ano (no fim da década de 1970) para aproximadamente 30 mil imóveis por ano (no fim da década de 1990), em sinal que apontava a necessidade de uma reformulação do sistema e da criação de mecanismos mais seguros de garantia ao seu financiamento.

Nesse contexto, o sistema regulado pela Lei 9.514/1997 surgiu como importante alavanca ao setor imobiliário, tornando-o mais dinâmico e atraente a investimentos, sobretudo pela celeridade e efetividade na recuperação do crédito objeto de

financiamento imobiliário. A partir daí, passou-se a observar o abandono gradual da garantia hipotecária, evidenciando-se, em comparação ao novo instituto, suas desvantagens, como a morosidade na execução judicial e o desfavorecimento da posição do credor hipotecário. Verifica-se, portanto, a instituição da alienação fiduciária em garantia como medida voltada à conciliação da segurança e celeridade necessárias ao ramo imobiliário, de modo a superar o cenário de obsolescência que então se vislumbrava, na persecução de três objetivos fundamentais: *i)* geração de renda e empregos; *ii)* ampliação do acesso da população à moradia; e *iii)* promoção do crescimento sustentado da economia.

Nessa linha, ressalta Eduardo Chulam, *in verbis*:

*“No aspecto teleológico e da função social do instituto, a execução extrajudicial prevista na Lei n. 9.514/97 tem como motivo preponderante dar dinamismo ao mercado imobiliário por meio da facilitação na cobrança do crédito concedido aos adquirentes, permitindo um maior volume de recursos para tal finalidade e menores taxas de juros, bem como a célere transmissão do bem para mutuários adimplentes (e não a sua indevida manutenção com os inadimplentes).”*⁵

⁴ CHALHUB, Melhim. Alienação fiduciária de bens imóveis. 20 anos de vigência da lei 9.514/1997. In: Revista de Direito Imobiliário, vol. 84/2018, p. 495-531, Jan-Jun/2018.

⁵ CHULAM, Eduardo. Alienação fiduciária de bens imóveis. São Paulo: Almedina, 2019, p. 60.

A par de tal quadro, ressoa clara a importância da análise da constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997, da qual decorre a necessidade de se conferir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, fatores de influência a políticas governamentais de incentivo à moradia.

II. Da cláusula de alienação fiduciária no contrato de mútuo

Contextualizado o surgimento da Lei 9.514/1997, passa-se à análise do instituto da alienação fiduciária de bens imóveis, garantia prevista no inciso IV do artigo 17 da referida lei, que constitui direito real sobre o seu objeto, a teor do § 1º do mesmo dispositivo legal.

Consoante dispõem os artigos 22 e seguintes da legislação em análise, a alienação fiduciária de coisa imóvel é o negócio jurídico pelo qual o devedor — pessoa adquirente do imóvel ou fiduciante —, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor — instituição financeira *lato sensu* ou fiduciário —, da propriedade resolúvel do bem. Salienta-se que a mera pactuação da garantia de alienação fiduciária gera situação *sui generis* de desdobramento

da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto do imóvel.

Adimplida a dívida, resolve-se a propriedade fiduciária (art. 25), extinguindo-se a garantia real e transferindo-se a propriedade plena ao adquirente. Lado outro, não satisfeita a obrigação a cargo do fiduciante, surge o interesse de agir do fiduciário para a cobrança do crédito imobiliário, no que o artigo 26 da Lei 9.514/1997 disciplina que, constituída sua mora, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Trata-se, assim, de criação legislativa de uma garantia estabelecida ante o inadimplemento de uma ou mais prestações do financiamento do imóvel (obrigação principal), razão pela qual as parcelas vencidas até a data de formalização da mora são acrescidas da incidência de juros convencionais e de correção monetária (encargos); e, em seguida, somam-se os débitos tributários e as contribuições condominiais pendentes (obrigações acessórias). A somatória desse montante descrito corresponde ao valor exigível para a purgação da mora.

Ainda, nesse procedimento disciplinado pela Lei 9.514/1997, a mora resta formalizada perante o Ofício de Registro de Imóveis, a partir de re-

querimento do credor, mediante a expedição de mandado para a intimação do devedor fiduciante. Conforme o art. 26, § 1º, da lei em tela, essa comunicação abre o prazo de 15 (quinze) dias ao fiduciante para a purgação da mora. Salienda-se que, consoante alteração benéfica ao devedor promovida pela Lei 13.465/2017, o prazo de que dispõe para purgar a mora restou ampliado, podendo ocorrer até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária (art. 26-A, § 2º).

Entretanto, se transcorrido o prazo sem a quitação do passivo, consolida-se a propriedade em nome do fiduciário (art. 26, § 7º), impondo-se que a satisfação do crédito se dê por meio de leilão, sob a responsabilidade da instituição financeira, no prazo de 30 (trinta) dias (art. 27). Por oportuno, vale destacar que, mesmo nesse estágio de oferta pública do bem, o fiduciante assume tratamento especial (§ 2º-B do artigo 27), eis que ao devedor se garante direito de preferência para a aquisição do imóvel até a data de eventual segundo leilão, com preço fixado com base no saldo devedor.

Assim, trata-se de procedimento deflagrado, a requerimento do credor, pelo Ofício de Registro de Imóveis para constituição em mora, a partir de quando se encandeiam atos

sucessivos que oportunizam a manifestação e a tomada de providências pelo devedor fiduciante. Caso o inadimplemento persista, a conclusão necessária é a averbação da consolidação da propriedade na matrícula do imóvel, momento em que o credor está autorizado a promover leilão público para alienação do bem.

Em síntese, é esse procedimento extrajudicial que se questiona no presente recurso extraordinário, analisado sob a sistemática da repercussão geral. Não se trata, porém, da primeira vez que ato normativo relacionado à regulação dos contratos de financiamento imobiliário tem sua constitucionalidade questionada perante esta Corte. Com efeito, questões similares já foram apreciadas em relação ao mencionado Decreto-Lei 70/1966, que dispôs sobre a garantia hipotecária nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.

III. Da recepção do Decreto-Lei 70/1966

Conforme assentado, sob a regência do Decreto-Lei 70/1966, atribuíam-se aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH a garantia da hipoteca, que é instituto distinto da alienação fiduciária de imóvel. Deveras, enquanto na primeira não ocorre transferên-

cia de propriedade (tem-se um direito real de garantia sobre coisa alheia), na alienação fiduciária opera-se, com escopo de garantia, a transferência da propriedade resolúvel do bem imóvel ao credor fiduciário (direito real sobre coisa própria).

Essa diferença, por si só, revelar-se-ia suficiente para afastar os fundamentos pela inconstitucionalidade do procedimento executório disposto na Lei 9.514/1997 referentes às alegações de que a legislação permitiria ao credor fiduciário indevida excussão do patrimônio do devedor. Isso porque, tratando-se de propriedade resolúvel, enquanto não satisfeita a condição — adimplemento do contrato —, a titularidade do bem permanece junto ao credor fiduciário, que detém a propriedade, ainda que resolúvel, do bem.

Nesse sentido, como destaquei ao manifestar-me favoravelmente ao reconhecimento da repercussão geral do tema, nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário, com alienação fiduciária de imóvel, não há transmissão da propriedade ao devedor, mas tão somente transferência da posse direta do bem. Durante o eventual procedimento de execução extrajudicial, portanto, o credor fiduciário não se imiscui no patrimônio do devedor para excutir bem de pro-

priedade alheia, já que se cuida de propriedade do próprio credor. Trata-se, assim, de diferença substancial face à garantia da hipoteca, que deve ser desde logo assentada para a finalidade de análise da alienação fiduciária à luz dos princípios constitucionais invocados.

Não obstante essas diferenças, destaca-se que esta Corte já afirmou a recepção, pela Constituição de 1988, do procedimento de execução extrajudicial da garantia hipotecária nos contratos do SFH, cujos fundamentos podem ser também aplicados, *mutatis mutandis*, ao enfrentamento dos argumentos ora erigidos em face do meio extrajudicial de execução da cláusula de alienação fiduciária em garantia, como detalhado adiante.

Observe-se que, durante a década de 2000, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal convergiram a respeito da recepção do Decreto-Lei 70/1966. Nesse sentido, colaciono as seguintes ementas:

“Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66. Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o

disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 287.453, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 18/9/2001, DJ de 26/10/2001)

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO PELO RELATOR. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DL 70/66. RECEPÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CF, ART. 102, III, “B” [...]. III – Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal [...]. **V – O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. Precedentes.** VI – Agravo não provido.” (AI 509.379- AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 4/10/2005, DJ de 4/11/2005)

“AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DE-

CRETO-LEI 70, DE 1966. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS INCISOS XXXV, LIVE LV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO. Por ser incabível a inovação da questão, em sede de agravo regimental, não se conhece da argumentação sob o enfoque de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. **Os fundamentos da decisão agravada mantêm-se por estarem em conformidade com a jurisprudência desta Corte quanto à recepção do Decreto-Lei 70, de 1966, pela Constituição de 1988.** Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 312.004-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 7/3/2006, DJ de 28/4/2006)

“[...] 1. Execução extrajudicial: **firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição.** (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98). 2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade.” (RE 408.224-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 3/8/2007, DJe de 31/8/2007)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **O decreto-lei n. 70/66, que dispõe sobre execução extrajudicial, foi recebido pela Constituição do Brasil.** Agravo regimental a que se

nega provimento.” (RE 513.546-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 24/6/2008, DJe de 15/8/2008)

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO EXTRA-JUDICIAL. 1. Não ofende a Constituição o procedimento previsto no Decreto-lei 70/66. Precedentes. 2. Ausência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido.” (AI 663.578- AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 4/8/2009, DJe de 28/8/2009)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRA-JUDICIAL. RECEPÇÃO DO DECRETOLEI N. 70/1966 PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (AI 709.499-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 30/6/2009, DJe de 21/8/2009) *“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte.”* (AI 678.256-AgR, Segunda Turma,

Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 2/3/2010, DJe de 26/3/2010)

Posteriormente, esse entendimento restou reafirmado e sedimentado no julgamento do RE 627.106, com a fixação da seguinte tese ao tema 249 da Repercussão Geral: *“É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66”*. Por oportuno, confirmou-se a ementa do acórdão então proferido:

“Direito processual civil e constitucional. Sistema Financeiro da Habitação. Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. Recurso extraordinário não provido.

1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite.

2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem estabelecido que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

3. *Recurso extraordinário não provido, propondo-se a fixação da seguinte tese de repercussão geral: 'É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66'.*" (RE 627.106, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/4/2021, DJe de 14/6/2021)

Na ocasião, foi refutada a argumentação no sentido de que a possibilidade de execução extrajudicial de imóvel objeto de dívida hipotecária, da forma como prevista pelo Decreto-Lei 70/1966, violaria as disposições dos artigos 5º, incisos XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII e LIV, e 6º, todos da Constituição Federal.

Assim, consideradas essas premissas, passa-se, na seção seguinte, à análise pormenorizada dos fundamentos adotados na ocasião para amparar a recepção da execução extrajudicial disposta no Decreto-Lei 70/1966 e que, em reforço, aplicam-se também à presente análise da constitucionalidade dos dispositivos constantes da Lei 9.514/1997 que tratam do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel. Nesse sentido, serão afastados os argumentos que no presente RE se colocam, afirmando-se a constitucionalidade também dos dispositivos referentes à Lei 9.514/1997.

IV. Da constitucionalidade da Lei 9.514/1997

De saída, destaca-se inexistir afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), segundo o qual *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. Nesse sentido, consigna-se que o tema já havia sido amplamente debatido nesta Corte no julgamento do RE 627.106 – tema 249 da Repercussão Geral, quando foi também afastado em relação ao Decreto-Lei 70/1966.

Como destacou o Ministro Dias Toffoli na ocasião, *"esse procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, sendo certo que o devedor é intimado a acompanhá-lo, podendo impugnar, inclusive no âmbito judicial, o desenrolar do procedimento se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite"*. Na sequência, fez-se referência ao arrazoado do RE 223.075, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 1998. O precedente, exarado sobre a recepção do procedimento previsto pelo Decreto-Lei 70/1966, consignou:

"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da Repúbli-

ca, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.” (RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 23/6/1998, DJ de 6/11/1998) [grifos nossos]

Do mesmo modo, também em relação à legislação ora analisada, o procedimento de execução extrajudicial levada a cabo pelo credor fiduciário não padece de vício de inconstitucionalidade no ponto, tendo em vista que fica resguardada ao devedor fiduciante a possibilidade de provocação oportuna do Poder Judiciário, caso verifique eventual mácula do procedimento ou considere a violação a direito de que se julgue titular. Os envolvidos dispõem, assim, de ampla liberdade para defender seus interesses em Juízo, em qualquer fase do procedimento, consoante preconiza o art. 5º, XXXV, da Carta Magna brasileira. É dizer, o fato de o procedimento específico realizar-se fora da jurisdição estatal não obsta o acesso ao Judiciário para dirimir controvérsias ou reprimir eventuais ilegalidades perpetradas no seu curso.

Nesse sentido, exemplificase, a partir da própria redação legislativa, a possibilidade de controle judicial posterior caso seja necessária ação de reintegração de posse do imóvel, na situação em que o devedor fiduciante nela permaneça após a consolidação da propriedade (art. 30 da Lei 9.514/1997). Trata-se de ocasião na qual será possível a análise judicial da legalidade do procedimento executivo, além de essa ser também providência possível acobertada pelo direito de ação em geral. Desse modo, inexistente violação à garantia da inafastabilidade de jurisdição, tampouco há ofensa à garantia do juiz natural (art. 5º, LIII, CF/88), tendo em vista que, não obstante a consolidação da propriedade independentemente de intervenção judicial, assegura-se às partes a possibilidade de controle de legalidade do procedimento executório na via judicial. Dispensa-se, assim, que o credor fiduciário obtenha na via judicial o reconhecimento do direito já avençado extrajudicialmente, sem prejuízo que o devedor fiduciante pleiteie suas razões em via própria junto ao Poder Judiciário.

Na mesma linha, impõe-se o afastamento das alegações de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88). Com efei-

to, a Lei 9.514/1997 dispõe de medidas indutivas ao cumprimento das obrigações contratuais, sob a orientação de redução da complexidade procedimental, cuja aplicação pressupõe o consentimento válido expresso das partes contratantes e a não-exclusão total de apreciação da situação pelo Poder Judiciário.

Em que pese se tratar de procedimento extrajudicial, observam-se nademanda executiva referente à alienação fiduciária de bens imóveis regras processuais que se coadunam com as disposições constitucionais e as normas gerais do Código de Processo Civil, aplicáveis a trâmites judiciais envolvendo direitos reais sobre bens imóveis. Com efeito, na linha do que já narrado acima, destaca-se que o procedimento se guia por requisitos essenciais à constituição e desenvolvimento do trâmite extrajudicial ora analisado, tais como: *i*) a provocação inicial exercida por requerimento do fiduciário; *ii*) a comunicação oficial do fiduciante por meio de intimação; e *iii*) a observância a normas de competência, uma vez que o requerimento deve ser apresentado perante o Cartório de Registro Imóveis competente⁶.

Deveras, o procedimento extrajudicial que confere exe-

cutoriidade ao contrato de financiamento imobiliário – e, em especial, o ato para a consolidação de propriedade fiduciária – é inicialmente conduzido perante o Ofício de Registro de Imóveis, órgão que, por delegação estatal, atua na verificação do preenchimento dos requisitos legalmente estipulados para essa providência. Não se trata, portanto, de procedimento aleatório ou autoconduzido pelo próprio credor, que poderia configurar ilegítima forma de autotutela de sua pretensão executiva.

Reitera-se, ademais, que pela própria noção conceitual da alienação fiduciária, a concretização da propriedade do bem pelo devedor fiduciante apenas ocorre com o total adimplemento da dívida, de modo que, até o cumprimento dessa condição, há mera expectativa do direito à propriedade. Em acréscimo, a possibilidade de leilão extrajudicial do imóvel apenas se apresenta após o inadimplemento da obrigação e a constituição do devedor em mora, admitida, ainda, a possibilidade de que este purgue a sua mora antes da consolidação da propriedade em nome do credor. São etapas graduais, portanto, que asseguram a concretização do devido processo legal, ainda que em fase extrajudicial.

Destarte, como já exposto, nada obsta o ingresso ao Judi-

⁶ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 69.

ciário, a qualquer momento, para dirimir eventuais irregularidades ocorridas no curso da cobrança extrajudicial, conferindo a possibilidade do exercício do contraditório judicialmente. Isso porque, a partir de sua notificação para satisfazer a dívida, momento em que o devedor toma efetiva ciência da deflagração do procedimento voltado à consolidação da propriedade pelo credor, exsurge o direito de resistir judicialmente a pretensão que repute ilegítima, perfazendo a garantia da ciência e da possibilidade de oportuna reação, como consectários do direito constitucional ao contraditório. Em comparação, destaque-se que, mesmo no processo judicial de execução propriamente dita, a citação do executado se dá para o cumprimento do crédito exequendo, sem prejuízo de que se instaure, por iniciativa própria do devedor, o contraditório mediante o ajuizamento de ação autônoma de embargos à execução. Não se trata, assim, de uma violação a essa garantia constitucional, mas tão somente uma forma distinta de exercê-la.

Conclui-se, nessa linha, que o procedimento executivo previsto na Lei 9.514/1997 para satisfação de créditos decorrentes de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel constitui medida adequada, na regulação legislativa de

balanceamento entre a proteção pelos riscos assumidos pela instituição credora e a preservação dos direitos fundamentais do devedor, alinhando-se à tendência do direito moderno de transferir para o âmbito administrativo atos que antes demandavam intervenção obrigatória do Judiciário.

Sob outra perspectiva, insta salientar que a simplificação procedimental para a execução da garantia atrai os desafios da interpretação da disposição convencional à luz dos limites da autonomia privada. Na presente temática, a questão se complexifica ainda mais por se referir ao destacado e indisponível direito social à moradia, além de envolver relação jurídica estabelecida entre contratantes que assumem, em geral, flagrante assimetria de poder econômico.

Nesse sentido, a despeito dessas circunstâncias socioeconômicas, o arcabouço legislativo em torno do instrumento atribui tratamento regulatório adequado à controvérsia, ao estabelecer garantias mínimas ao devedor e limitações à possibilidade de ação do credor (como as impossibilidades de que este promova a consolidação da propriedade em seu nome sem atendimento aos requisitos legais, de que promova o leilão do bem de forma irrestrita, de que o tomador do financiamento seja surpreendi-

do com o valor do débito ou de que fique ele próprio com a coisa alienada em garantia). Portanto, trata-se de complexa regulação econômica legislativa, com efeitos múltiplos na organização socioeconômica, que promove tratamento constitucionalmente adequado à questão, sem que haja violação à autonomia privada, que envolve a previsibilidade sobre as consequências da inexecução contratual em um patamar mínimo de informações que as partes contratantes presumidamente detêm.

Assim, ao firmar contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária, o fiduciante manifesta sua vontade de permitir que eventual execução se dê extrajudicialmente, de acordo com os trâmites da Lei 9.514/1997, ressalvada a possibilidade de, a qualquer momento, ajuizar ação para sanar ilegalidade eventualmente praticada no curso do procedimento. Trata-se de elemento da política regulatória que permite maiores possibilidades de acesso ao financiamento imobiliário, a taxas de juros mais baixas, de modo que a supressão da previsão legislativa da medida de garantia poderia significar desbalanceamento desse equilíbrio regulatório desenvolvido legislativamente.

Esse ponto permite introduzir contributos possíveis de uma análise econômica da questão,

sob o prisma de sua compatibilização aos meios de composição extrajudicial de conflitos, privilegiados pela legislação processual contemporânea. Com efeito, como forma de desafogar o Judiciário frente à avalanche de demandas que enfrenta, medidas de fortalecimento da execução extrajudicial e/ou da desjudicialização da execução têm sido fortalecidas nos últimos anos. Trata-se, aliás, de uma tendência identificada também nas experiências de direito comparado, na busca de formas de desburocratizar e simplificar o processo executivo, como assenta a doutrina especializada:

“Na Alemanha, o §753 da ZPO prevê os executores judiciais, que, seguindo ordens do credor, conduzem a execução forçada, se não atribuída aos Tribunais (os Gerichtsvollzieher); na França, os oficiais de justiça encarregados da execução têm competência exclusiva para proceder execução forçada (arts. 182e 192da Lei n. 91-650, de 1991), sendo que há figuras semelhantes ao agente da execução (nestes países, funcionários de nomeação oficial, porém contratados pelo exequente) também em países como Bélgica, Holanda, Grécia, Hungria, Polônia e Escócia (sheriff officer); na Espanha tem-se a figura dos secretários judiciais, que têm atribuições reduzidas (LEC); na Suécia, exemplo extremo da desjudicialização, o encarregado da execução é o Ser-

*viço Público de Cobrança Forçada, órgão administrativo e não judicial.*⁷”

Destaca-se, ainda, o exemplo de Portugal, em que o movimento da desjudicialização do processo de execução, impulsionado pela morosidade e baixa efetividade dos processos judiciais, foi acompanhado de sucessivas alterações em seu Código de Processo Civil, com a criação da figura do chamado *agente da execução* e expansão de seus poderes, remanescendo ao magistrado intervenções pontuais de tutela e atuação em caso de litígio e dúvidas suscitadas na pendência da execução. Assim, atos de natureza executiva propriamente ditos, como ordenar a penhora, a venda ou o pagamento, foram atribuídos aos *agentes de execução*, funcionários de natureza híbrida, que reúnem características de mandatário do credor e de oficial público⁸.

No Brasil, tendência similar pode ser observada atualmente com os meios de execução extrajudicial do crédito imobiliário, sobretudo com a previsão do procedimento executivo nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel ora

analisado. Nesse contexto, vale destacar que o direito de acesso à justiça, em sua concepção contemporânea, implica a necessidade de instaurar uma justiça que também conceda ao cidadão resposta justa e tempestiva. Conseqüentemente, a possibilidade legislativamente regulamentada de que alguns atos, em casos específicos, possam ser conduzidos extrajudicialmente revela-se como estratégia imprescindível para, desafogando-se o Judiciário, impedir que nossa justiça se transforme em injustiça manifesta – porquanto tardia. Nos dizeres de Rui Barbosa: “*justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta*”⁹.

Em igual sentido, esta Suprema Corte já assentou que:

“(...) de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’

⁷ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 17.

⁸ CHULAM, Eduardo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 18/19.

⁹ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 5ª Edição. Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 40.

(inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário ('universalização da Justiça', também se diz)." (HC 94.000, Rel Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe de 13/3/2009)

Ressalta-se, nessa linha, que a via judicial corresponde a mecanismo custoso e não exclusivo de controle do comportamento humano para a promoção do interesse social, razão pela qual surgem outras formas também adequadas de solucionar os conflitos apresentados. Assim, incorporando influxos decorrentes do referencial teórico de alguns estudiosos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a litigância em juízo somente é socialmente desejável quando seus custos sejam inferiores aos benefícios que a comunidade experimenta em termos de modificação de conduta pelos seus componentes, consoante ensina o Professor da Universidade de Harvard, Steven Shavell¹⁰.

A par dessas considerações, eventual afastamento da possibilidade da execução extrajudicial prevista na Lei 9.514/

1997, além de gerar graves consequências sistêmicas na dinâmica de financiamento imobiliário, poderia ensejar penalidade a partes contratantes com demandas legítimas, ao enfrentar tribunais excessivamente congestionados e, por conseguinte, mais lentos, na contramão da garantia de prestação jurisdicional em prazo razoável, estabelecida pelo artigo 5º, LXXVIII, da CRFB.

Por oportuno, destaque-se que elementos como esses já foram também considerados pelo Superior Tribunal de Justiça, quando da análise de legalidade de aspectos dos contratos sujeitos ao SFH, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

¹⁰ SHAVELL, Steven. “*The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System*”. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11 (1982), p. 333-339.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito. [...]” (REsp 1.163.283/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 4/5/2015) [grifos nossos]

Ademais, a infirmação da medida legislativa ora analisada e há muito editada representaria potencial desequilíbrio na equação de balanceamento dos riscos e das oportunidades que o contrato de financiamento imobiliário apresenta. Dessa forma, a supressão da garantia da alienação fiduciária do bem imóvel teria como consequência a alteração de outros mecanismos dessa equação, tais como possível aumento da taxa de juros média, redução do prazo médio para amortização da dívida, bem como menor acessibilidade ao contrato de financiamento.

Nesse sentido, destaca-se que o tema apreciado veicula questão não apenas economicamente relevante, mas que também envolve aspectos sociais de alta monta. Deveras, ao reconhecer a repercussão geral do tema ora analisado, destacou-se a relevância não só jurídica, mas econômica e social da questão, haja vista a possibilidade de afetar significativa

parcela da população, mutuários do Sistema Financeiro Imobiliário, além de impactar diretamente no estabelecimento das taxas de juros desses contratos, as quais se relacionam diretamente com os riscos decorrentes da inadimplência e o tempo estimado com a execução das garantias.

Com efeito, sem um arcabouço dotado de estabilidade e previsibilidade, que garanta solidez e equilíbrio nas relações jurídicas, não há que se falar em desenvolvimento sustentável do mercado imobiliário, para o qual o instituto da alienação fiduciária de bens imóveis e, especificamente, o seu procedimento de execução extrajudicial, exerce papel fundamental.

A par desse quadro, a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, entidade de representação do setor bancário brasileiro, admitida nos autos na qualidade de *amicus curiae*, apresentou parecer econômico, datado de outubro de 2018, do qual se extrai excerto que sintetiza a conclusão sobre potenciais consequências para o mercado de crédito brasileiro caso fosse reconhecida a inconstitucionalidade da execução extrajudicial na alienação fiduciária de bens imóveis, *in verbis*:

“Ao reduzir tanto o custo quanto a incerteza da possibilidade de obtenção das garantias imo-

bilírias, a alienação fiduciária permitiu uma verdadeira revolução no mercado de crédito imobiliário brasileiro. De 2007 até 2017, o volume de crédito imobiliário cresceu de forma expressiva, saltando do patamar de 2% do PIB para um valor próximo de 10% do PIB. Esse movimento, ao levar ao aumento da demanda por imóveis, permitiu o desenvolvimento do setor de construção civil, que gerou mais de um milhão de vagas de trabalho entre 2007 e 2013, beneficiando especialmente os trabalhadores menos qualificados.

Ao mesmo tempo, a utilização da alienação fiduciária passou de apenas 0,1% dos contratos de financiamento em 2007 para mais de 94% dos contratos em 2017. Em termos de volume financiado, a alienação fiduciária é a forma de garantia utilizada em R\$ 544 bilhões de reais em operações de crédito imobiliário, de um total de R\$ 547 bilhões em operações de crédito ativas em 2017, o que corresponde a mais de 99% do volume de crédito imobiliário contratado no Brasil.

Esse movimento foi acompanhado de expressiva redução da taxa de inadimplência, que passou de 9,4% em 2009 para 2,3% em 2017. A baixa inadimplência observada nos contratos de alienação fiduciária – apenas 1,5% dos contratos em 2017 – mostra que a introdução dessa modalidade foi, de fato, responsável pela redução da inadimplência no crédito imobiliário no Brasil no período.

Essas observações confirmam a teoria econômica ao mostrar que a qualidade das garantias está diretamente ligada ao volume e ao preço (taxa de juros) do crédito ofertado pelas instituições financeiras. Além disso, o comportamento do mercado de crédito mostra que os credores também respondem aos incentivos que são colocados pelas regras do jogo: quanto mais rápida a retomada da garantia, maior o esforço para se manter adimplente.

A análise econométrica realizada também traz evidências de que o mercado de crédito responde à qualidade do ambiente institucional. Quanto mais eficiente for o procedimento de recuperação de garantias, menor será o spread bancário.

[...] Estimativas da LCA indicam que um choque no spread bancário da ordem de 15 pontos percentuais (semelhante à queda observada no spread nos anos que se seguiram à criação do SFI em 1997) levaria a uma redução de 4,1% do PIB em um horizonte de cinco anos.” (doc. 115, p. 2-4)

Ainda em sua manifestação, a entidade assevera que *“a atividade de intermediação realizada pelas instituições financeiras (consistente na captação de recursos de poupadores e investidores para a sua disponibilização aos tomadores de crédito) depende de ambiente de segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, sob pena de se criar risco de desca-*

samento entre as operações ativas e passivas dos bancos”, em “realidade [que] é ainda mais sensível em se tratando de financiamentos imobiliários, que, em geral, caracterizam-se por taxas de juros reduzidas (em se comparando com outras espécies de mútuos bancários) e longos prazos de duração”. Nesse contexto, “a Lei nº 9.514, de 1997, ao estabelecer a possibilidade de alienação fiduciária de bens imóveis e o procedimento de execução extrajudicial dessa garantia, criou importantes mecanismos para a segurança das operações imobiliárias, sobretudo em relação à higidez das garantias e celeridade, com baixo custo, da recuperação do crédito inadimplido, o que garantiu importante redução das taxas históricas de juros, sensível incremento no volume dos financiamentos imobiliários e significativo fomento do setor da construção civil” (doc. 109, p. 4).

Preocupações semelhantes são também destacadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário - IBRADIM, admitido no feito na qualidade de *amicus curiae*:

“22. De outro ângulo, cumpre ressaltar que anteriormente à introdução da alienação fiduciária de imóvel, o financiamento à aquisição de imóveis estava carente de garantia eficaz. Os problemas da hipoteca – que ainda persistem – causavam retração de todo o

crédito, que depende fundamentalmente da existência de garantias eficazes. Essa dependência, em relação aos imóveis, é ainda mais evidente nos países em desenvolvimento, em que a garantias imobiliárias respondem, em média, por quase três quartos do crédito garantido.

23. Eis a razão de a presente controvérsia não se limitar aos aspectos jurídicos. Estes, por si, são suficientes para estabelecer a constitucionalidade do procedimento de excussão extrajudicial, seja no tocante à alienação fiduciária de bem imóvel, seja em relação às demais hipóteses previstas em lei. No entanto, ainda mais relevantes são os aspectos sociais e econômicos do caso em tela, pois uma decisão em sentido diverso, ainda que sob o pretexto de proteger os mutuários, significaria um retrocesso ao cenário de insegurança jurídica que culminou na grave crise habitacional que o país enfrentou antes do advento da Lei 9.514/1997, quando a deficiência das garantias tradicionais inviabilizava a obtenção de financiamentos imobiliários e, conseqüentemente, o acesso da população a moradias adequadas.” (doc. 63, p. 7/8)

Em linha similar, o Banco Central, na qualidade de *amicus curiae*, juntou aos autos o Parecer Jurídico 140/2020-BCB/PGBC, de 31/3/2020, no qual destaca que, por ocasião da edição da Lei 9.514/1997, verificava-se no mercado de crédito em geral re-

duzido nível de alavancagem das instituições financeiras cujo fator determinante correspondia ao risco de crédito, citando o estudo *“Juros e Spread Bancário no Brasil”*, elaborado pelo Departamento de Estudos e Pesquisas (Depep) e publicado em outubro de 1999 (doc. 124, p. 9).

O Banco Central anexou, ainda, o Parecer 4109/2019–DENOR/COICP, de 4/11/2019, da lavra do Departamento de Regulação do Sistema Financeiro Nacional do BCB, que avaliou tecnicamente: *i)* o sistema de alienação fiduciária, em contraponto ao uso de hipoteca no SFI; *ii)* o “tamanho” do mercado, antes e depois da Lei 9.514/1997; *iii)* a diferença dos *spreads* de juros praticados antes e depois da referida lei; *iv)* a estatística dos cartórios sobre o volume de purgação da mora; *v)* o volume de financiamentos que tem a alienação como instrumento de garantia; *vi)* as razões das alterações introduzidas pela Lei 13.465/2017 na Lei 9.514/1997; *vii)* o impacto da execução extra-judicial, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, para todo o Sistema Financeiro Nacional (doc. 125, p. 2/3).

Com relação ao primeiro ponto, assinala que a Lei 9.514/1997 introduziu aperfeiçoamentos em relação aos procedimentos previstos no Decreto-Lei 70, de 1966, considerando

as dificuldades verificadas ao longo do tempo acerca da excussão extrajudicial hipotecária prevista no referido diploma legal. Dentre elas, exemplifica o fato de o procedimento de execução ser realizado perante os Oficiais de Registro de Imóveis, *“os quais são delegados de um serviço público, reduzindo eventuais questionamentos acerca de parcialidade e conflito de interesses usualmente feitos em relação aos agentes fiduciários do SFH, responsáveis pela excussão extrajudicial hipotecária”*. Aponta que essas diferenças conferem maior segurança jurídica para a realização de operações de crédito e propiciam agilidade e eficiência ao processo da cobrança de créditos inadimplentes, contribuindo, dessa forma, para redução dos riscos relativos à atividade de crédito (doc. 125, p. 6).

Sublinha a significativa expansão do crédito imobiliário, registrando que a relação entre crédito imobiliário e PIB passou de cerca de 2% em 2008 para um patamar situado entre 9% e 10% entre 2016 a 2019, enquanto a participação do crédito imobiliário em relação à carteira total de crédito das instituições financeiras cresceu de aproximadamente 5%, em junho de 2008, para cerca de 20%, no período de 2016 a 2019, conforme dados disponíveis no Sistema Gerenciador de

Séries Temporais (SGS) do Banco Central (doc. 125, p. 9). E, de acordo com dados disponíveis no Sistema de Informações de Créditos do Banco Central (SCR), observa, no período, que 96,77% do saldo das operações de crédito imobiliário garantidas por imóveis residenciais foram formalizadas por meio de contrato de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, correspondendo a aproximadamente R\$ 634 bilhões, ao passo que o percentual da participação da hipoteca passou de 5,05%, em junho de 2014, para 3,23%, em junho de 2019 (doc. 125, p. 7).

Registre-se, ainda, que o número de operações desse tipo aumentou durante a pandemia, o que pode ser observado no parecer complementar juntado aos autos em março de 2021 (Parecer 547/2021–DENOR/COCIP, de 3/3/2021), em que apresentada tabela referente à evolução do saldo da carteira de crédito imobiliário relativa às operações garantidas por imóveis residenciais, por tipo de garantia, ao longo das posições semestrais compreendidas entre dezembro de 2013 e dezembro de 2020. Extrai-se do documento que *“98,20% das operações ativas de crédito imobiliário garantidas por imóveis residenciais foram formalizadas por meio de contrato de mútuo com alienação fiduciária*

do imóvel, correspondendo a 6.846.783 operações e representando 99,20% do saldo total de operações de crédito habitacional” (doc. 195, p. 4). Frisa-se que em 2019 e 2020 a participação relativa de operações novas realizadas com alienação fiduciária ficou acima de 99,90% (doc. 195, p. 4/5).

Avançando quanto ao ponto da análise da diferença de *spread* e dos juros antes e depois da edição da lei que instituiu o SFI, verifica-se que as taxas de juros médias das operações de crédito residenciais com a utilização da alienação fiduciária são inferiores às taxas médias dos financiamentos garantidos por hipoteca em todos os períodos considerados - de junho de 2014 a junho de 2019. Destaca que, *“para redução sustentável do custo do crédito, é fundamental avançar em iniciativas que reduzam a inadimplência, aumentem a capacidade de recuperação de garantias e reduzam assimetrias de informação sobre os tomadores de crédito”* (doc. 125, p. 15).

No que pertine à evolução da taxa de juros e do prazo médio do financiamento imobiliário, consoante Nota Técnica da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE, emitida em dezembro de 2020, por consulta da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - ABRAINC, após aná-

lise de dados disponibilizadas pelo Banco Central do Brasil, “é possível constatar como a taxa média de juros recuou expressivamente entre janeiro de 2003 e outubro 2020 (passando de mais de 16,3% ao ano para cerca de 7,1% ao ano nesse intervalo), em paralelo ao aumento do prazo médio do financiamento imobiliário no período (Gráfico 3), que mais que triplicou no período, elevando-se de um prazo médio de cerca de 8 anos, em janeiro de 2003, para cerca de 29 anos, em outubro de 2020” (doc. 143, p. 19-20).

No que diz respeito à estatística dos cartórios sobre o volume de purgação da mora, em análise aos dados disponíveis em relação ao município de São Paulo/SP, o parecer do Banco Central aponta que a razão anual entre registros de consolidação de propriedades e registros de execuções extrajudiciais iniciadas varia de 5,81%, mínimo registrado em 2013, a 8,69%, patamar verificado no ano de 2012 (doc. 125, p. 16). Em que pese a existência de lapso temporal entre os eventos de início da execução extrajudicial e eventual consolidação da propriedade em nome do credor, diante da relativa estabilidade da razão ao longo do período considerado, é possível sinalizar uma propensão alta de pagamento da dívida por parte do mutuário,

o que poderia confirmar a eficácia da modalidade de garantia (doc. 125, p. 17).

Nesse aspecto, cumpre salientar que, embora as execuções extrajudiciais tenham significativa importância para a integridade da garantia da alienação fiduciária, a consolidação da propriedade em favor do fiduciário não constituiu objetivo desejável, não devendo se tratar da regra, sob pena de desvirtuamento do funcionamento do mercado imobiliário. Observa-se, desse modo, que o percentual de consolidações acima apontado valida esse entendimento, representando proporção considerada pouco significativa diante do volume de operações formalizadas no mercado imobiliário paulistano, conforme registrado na Nota Técnica da FIPE (doc. 143, p. 15).

Nesse cenário, considerando-se que, em regra, a taxa de juros é inversamente proporcional à qualidade da garantia fornecida pelo tomador de crédito, enfatiza-se a necessidade de estabilidade do sistema, para a qual contribui a confirmação da constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial de contratos garantidos por alienação fiduciária, mormente pelo potencial impacto no custo de operações de crédito no ramo imobiliário e, conseqüentemente, no déficit habitacional do país.

A *contrario sensu*, a exigência de judicialização da execução dos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel iria de encontro aos avanços e aprimoramentos no arcabouço legal e regulamentar do mercado de crédito imobiliário, os quais tiveram significativa contribuição para o crescimento do setor imobiliário e redução de riscos e custos associados à atividade creditícia, representando retrocesso e retorno das deficiências apresentadas no sistema anterior.

Por todas essas razões, econômica e socialmente situadas, verifica-se a constitucionalidade da possibilidade de execução extrajudicial de imóvel alienado fiduciariamente, sem que a medida legislativa viole os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, tampouco as demais garantias processuais constitucionais.

V. Fixação da Tese

Em síntese, reafirmo a constitucionalidade do procedimento da Lei 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em contratos de mútuo. Assim, proponho a seguinte redação para a tese do tema 982 da Repercussão Geral:

"É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compa-

tibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal".

VI. Aplicação da Tese ao caso concreto

À luz dessas premissas, no processo-paradigma, o recurso deve ser desprovido, mantendo-se a decisão do Tribunal *a quo*, que decidiu com acerto ao validar os atos praticados para a execução da cláusula de alienação fiduciária em garantia.

Ex positis, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso extraordinário, nos termos sugeridos para a tese do tema 982 de Repercussão Geral.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu vou indagar aos eminentes Colegas se têm alguma divergência e se gostariam de agregar alguns comentários. Na hipótese de haver necessidade de agregar comentários, nós reiniciaremos amanhã com este caso; na hipótese de todos estarem de acordo, eu vou proclamar o resultado.

Indago, então, do Ministro Cristiano Zanin se está de acordo e se deseja agregar uma consideração?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Estou de acordo, parabenizando o eminente Relator pelo substancioso voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado. Ministro André Mendonça?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Minha saudação, Senhor Presidente, aos eminentes Pares, à Senhora Procuradora-Geral, aos Senhores Advogados que assomaram à tribuna.

Também me manifesto de acordo com o voto do iminente Relator, parabenizando-o por sua substância.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro André Mendonça. Ministro Alexandre de Moraes?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente! Cumprimento Vossa Excelência, a Ministra Cármen, os Ministros, a Procuradora-Geral.

Presidente, também parabeneizo o eminente Relator, o Ministro Luiz Fux, e o acompanhamento integralmente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito grato, Ministro Alexandre. Ministro Luiz Edson Fachin, como vota?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Muito obrigado, Presidente. Reitero os cumprimentos a Vossa Excelência, aos eminentes Pares e à Ministra Cármen Lúcia e, de modo especial a Sua Excelência o Relator, o eminente Ministro

Luiz Fux, a quem também cumprimento pelo voto.

Senhor Presidente, tenho ponderações e compreensões distintas e precisaria - posso fazer agora, sem nenhum problema - de tempo para expor essas compreensões, que são coerentes com o que venho sustentando aqui no Tribunal. Nada obstante, já verifico que se forma uma compreensão majoritária em linha diversa, mas posso fazer uma síntese agora ou amanhã, conforme Vossa Excelência assim encaminhar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Fachin, tendo em vista as audiências e os compromissos na sequência da sessão, iniciaremos então a sessão de amanhã com o voto de Vossa Excelência.

Apenas para que eu possa organizar a pauta, Vossa Excelência imagina que precisasse de quanto tempo?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Não mais que 20, 25 minutos, Senhor Presidente. Serei breve.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito bem. Pois não, Ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Presidente, vou pedir licença ao Ministro Fachin, até porque o precedente citado, tanto da tribuna quanto pelo Ministro Relator, foi de

minha relatoria e é o Tema nº 249 da Repercussão Geral, o RE nº 627.106.

Como fui convocado para o Eleitoral amanhã, e teremos uma pauta bastante complexa vou estar no TSE, em sessão, a partir das 10 h, uma sessão que deve ser longa, já adianto meu voto, pedindo vênias ao Ministro **Fachin**, mas sabedor, Sua Excelência, do precedente, evidentemente, que aquela é minha posição já consolidada.

Eu acompanho o eminente Relator, também o parabenizando, e cumprimento todos na pessoa de Sua Excelência. Desde já, peço vênias ao Ministro **Fachin**.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro Dias Toffoli, que adianta o voto.

Indago dos demais Colegas se aguardam o pronunciamento do Ministro Fachin? Penso que sim.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que conhecia do recurso extraordinário e negava-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal *a quo*, e propunha a seguinte tese (tema 982 da repercussão geral): “É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua com-

patibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”, no que foi acompanhado pelos Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrida, o Dr. Carlos Augusto Jenier; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP, o Dr. Fernando Crespo Queiroz Neves; pelo *amicus curiae* Federação Brasileira De Bancos – FEBRABAN, o Dr. Gustavo César de Souza Mourão; pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil, o Dr. Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos, Procuradora-Geral da República em exercício. Ausente, justificadamente, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 25.10.2023.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nunes Marques.

Procuradora-Geral da República em exercício, Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: José Carlos Santana Filho interpôs recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região mediante o qual assentada a constitucionalidade do procedimento de alienação extrajudicial de imóvel para a satisfação de créditos garantidos por alienação fiduciária, conforme o disposto na Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Eis a ementa:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO LEGAL – CPC, ART. 557 – SFH – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 – NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70 66 – O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL.

I – Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obri-

gação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II – Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III – O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

IV – “In casu”, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V – Agravo legal improvido.

Aponta violação do art. 5º, XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Sustenta imprescindível a participação do Estadojuiz em procedimento cuja finalidade seja satisfazer o direito do credor, culminando com a privação de bens do devedor. Evoca o princípio do juiz natural e a garantia do devido processo legal, assegurando-se ao devedor o contraditório e a ampla defesa.

A parte recorrida não apresentou contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso extraordinário, em parecer da lavra do subprocurador-geral da República Odim Brandão Ferreira, cuja ementa reproduzo:

Recurso extraordinário. Violação ao art. 5º, XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV da CR.

A Lei 9.514/1997 é inconstitucional, ao prever a licitude de que os agentes financeiros do SFH sejam simultaneamente parte e investido de poderes jurisdicionais, na execução de contratos de financiamento imobiliário: ninguém pode ser juiz em causa própria, sem ofender patentemente o Estado de Direito.

Parecer pelo provimento do recurso.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

Tenho como correto o acórdão impugnado.

A origem da controvérsia objeto deste recurso é a alienação extrajudicial de imóvel para satisfação de obrigação garantida por alienação fiduciária.

Segundo se depreende das razões do extraordinário, o recorrente parte da premissa de haver perdido, em procedimento do qual não participou o Estado-juiz, a propriedade do bem imóvel que compunha a totalidade do seu patrimônio, circunstância a evidenciar des-

respeito à garantia constitucional do devido processo legal.

A importância do direito de propriedade na Carta da República é tal que o constituinte foi além de expressamente inseri-lo no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXII), assegurando que ninguém poderá ser privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV).

O “devido processo legal”, compreendido sob o prisma procedimental, abrange as garantias relativas ao processo justo, não apenas no âmbito jurisdicional mas também nas esferas legislativa e administrativa, alcançando até mesmo as relações jurídicas privadas. É, portanto, uma garantia constitucional que se estende para além do direito processual, irradiando-se para os direitos administrativo e privado.

Nesse sentido, a doutrina remete, entre outras designações, à “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Ou seja, as relações jurídicas privadas não estão imunes aos efeitos dos direitos fundamentais, uma vez existir zona de proteção com o objetivo de preservar-se minimamente a dignidade humana.

O Supremo Tribunal Federal, ao menos em uma oportunidade, já reconheceu a projeção dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares (**RE 639.138**, Plenário, Re-

dador do acórdão o ministro Edson Fachin, DJe de 16 de outubro de 2020).

A Constituição da República deve ser interpretada extensivamente quanto aos direitos e garantias fundamentais, de modo a se assegurar a maior proteção possível à dignidade humana. Desse modo, sob o manto do devido processo legal e na perspectiva do processo jurisdicional, estão acolhidas as garantias (i) do juiz natural, (ii) da imparcialidade do Juízo, (iii) da paridade de armas entre as partes e (iv) do julgamento conforme as provas licitamente obtidas, por meio de decisão fundamentada.

Mesmo sob o entendimento de o “processo legal” referir-se a processo eminentemente jurisdicional, o preceito inscrito no art. 5º, LIV, da Carta Magna não se revela suficiente para o acolhimento da pretensão deduzida pelo recorrente, que alega a impossibilidade de ser despojado do seu direito de propriedade mediante procedimento sem a participação do Poder Judiciário.

Mostra-se incontroverso, nestes autos, que o imóvel alienado extrajudicialmente foi objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia, circunstância relevantíssima para o deslinde da controvérsia, a qual se mostra completamente distinta daquela discutida no **RE 627.106 (Tema n. 249/RG)**.

Quanto a esse último, em que examinada a constitucionalidade da alienação extrajudicial de imóvel para satisfação de dívida garantida por hipoteca, registre-se que o julgamento ainda não foi encerrado.

Pelo contrato de alienação fiduciária em garantia constitui-se um direito real (o devedor transfere a propriedade de certo bem – aliena – ao credor) em garantia do pagamento de uma dívida, ao passo que o contrato de hipoteca versa um direito real de garantia que onera a propriedade do devedor.

Embora a propriedade fiduciária e a hipoteca tenham por escopo assegurar o adimplemento de determinado crédito, a semelhança entre os dois institutos não ultrapassa essa característica. A distinção mais marcante entre eles está em que, no primeiro, o devedor transfere ao credor a propriedade resolúvel do bem, enquanto, no segundo, conserva para si a propriedade plena do imóvel e, por consequência, mantém o poder de dispor da coisa.

Na hipoteca, a garantia da qual dispõe o credor incide sobre a propriedade de bem do devedor, daí a razão de classificá-la como direito real sobre coisa alheia. O devedor preserva seu poder de alienar ou ceder o bem. De outro lado, a garantia real da alienação fiduciária incide sobre coisa própria, pois o crédito é assegurado por bem pertencente

ao credor, cuja propriedade lhe foi transferida pelo devedor justamente para atender a esse intento.

Uma vez constituída a garantia fiduciária, o devedor despoja-se voluntariamente da propriedade em favor do credor, perdendo o poder de dispor do bem. Consequentemente, deixa de ser dono da coisa e passa a deter, apenas, a posse direta do bem. Deve-se levar em conta que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, ante a extinção do pleno direito pelo implemento da condição resolutiva atinente à satisfação do seu crédito, ocasião em que o domínio do bem retorna ao devedor fiduciante.

Contudo, inadimplida a obrigação do devedor, a propriedade consolida-se em favor do credor, o qual poderá aliená-la, para satisfazer seu crédito por meio do produto da venda.

O credor fiduciário, embora detenha o domínio sobre a coisa oferecida em alienação fiduciária, não tem a intenção de ser dono do bem; seu interesse maior está em receber o crédito, cuja garantia advém da propriedade que lhe foi transferida pelo devedor fiduciante. Ainda assim, em situação como essa, o credor fiduciário é proprietário do bem.

Nesse cenário, diante do descumprimento da obrigação de pagar quantia certa, o credor fiduciário não precisa

executar qualquer bem integrante do patrimônio do devedor para satisfazer o crédito, pois é titular da propriedade do bem que lhe serve de garantia.

Não há cogitar a possibilidade de obrigar-se alguém a buscar o Poder Judiciário para que seja declarada, em seu favor, a perda do dinheiro ou de outro bem móvel recebido como sinal, quando observado o descumprimento contratual por quem deu arras. Nesse caso, a perda do sinal, consequência da inexecução do contrato, opera-se de pleno direito.

Do mesmo modo, como qualquer efeito de negócio jurídico subordinado a condição, dependente apenas da ocorrência de evento futuro e incerto, a resolução da propriedade fiduciária também é um efeito negocial que prescinde de pronunciamento em Juízo. Basta a satisfação integral da dívida para que a propriedade fiduciária se resolva, de pleno direito, em favor do devedor fiduciante.

Não parece razoável, portanto, quando verificado o inadimplemento do devedor, subordinar-se a consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor ao resultado favorável de um processo jurisdicional, sob pena de ficar descaracterizado o negócio jurídico da alienação fiduciária, que tem contornos próprios.

Aliás, qualquer efeito de negócio jurídico sujeito a con-

dição independe de pronunciamento judicial para ser produzido, sendo suficiente a ocorrência do evento futuro e incerto previsto pelas partes contratantes.

Entretanto, vale ressaltar que o procedimento versado no art. 26 da Lei n. 9.514/1997 revela a existência de equilíbrio na efetivação da garantia que permite a realização satisfatória, a tempo e modo, do direito do credor fiduciário, sem sacrificar em demasia o devedor fiduciante. A este a norma assegura o direito de purgar a mora e, com isso, convaler a alienação fiduciária, obstaculizando a consolidação da propriedade plena em favor do credor fiduciário. Ao devedor fiduciante, após consolidada a propriedade, é garantido o direito de preferência na aquisição do imóvel.

Ainda, a lei de regência da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel obriga o credor a interpelar o devedor fiduciante para constituí-lo em mora, quando, por via de regra, o mero inadimplemento de obrigação positiva e líquida no prazo convencional bastaria para constituir a mora (CC, art. 397).

Nesse sentido, leciona Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro¹:

Em realidade, o que ocorre é uma transmutação autorizada em lei da natureza da mora na alienação fiduciária.

O legislador, projetando um procedimento de realização eficaz da garantia, fincado nos princípios da celeridade e da formalidade simplificada, em contrapartida, trazendo mais segurança jurídica ao devedor, na tentativa de equalizar e balancear a relação jurídica em momento de patologia, convola a natureza jurídica da mora e exige a interpelação por iniciativa do credor fiduciário. Dito de outro modo, o legislador opta por converter a hipótese que seria de mora "ex re" em mora "ex persona", como meio de tutelar o polo mais vulnerável na relação jurídica fiduciária.

Quanto à crítica no sentido de inexistir oportunidade para a defesa do devedor no procedimento de efetivação da garantia sobre o bem imóvel, transcrevo a lição de Fábio Ulhoa Coelho²:

¹ Alienação fiduciária de bens imóveis. 1. ed. em e-book, baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. item 9.3. p. RB-9.3. Disponível em: <https://proview.thomson-reuters.com/launchapp/title/rt/monografias/248954201/v1/page/RB-9.3>. Acesso em: 12 mar. 2021.

² *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. 2. ed. em e-book, baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 1. p. RB-9.13. Disponível em: <https://proview.thomson-reuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111088947/v8/page/RB-9.13>. Acesso em: 12 mar. 2021.

[...] com a previsão do procedimento administrativo de efetivação da garantia representada pela propriedade fiduciária de coisa imóvel, não se está restringindo ou negando qualquer direito ao fiduciante. Está-se apenas distribuindo o ônus de recurso ao Judiciário: em vez de estabelecer que o credor deve ir a juízo para fazer valer seus direitos, a lei imputa ao devedor com razões jurídicas para não pagar o mútuo o ônus de as demonstrar judicialmente. Assim é para que o instituto tenha eficiência na efetivação da garantia real. Quer dizer, a lei não desrespeita nenhum dos direitos, nem mesmo constitucionais, do fiduciante, ao disciplinar a efetivação da garantia partindo do pressuposto de que o credor também tem os dele; inclusive o direito de receber seu crédito de forma ágil e eficiente.

Considerada essa perspectiva, a Lei n. 9.514/1997 atende ao “devido processo legal” sob o prisma procedimental, relativamente ao processo administrativo para consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor e alienação extrajudicial do imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia.

Do exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

Proponho a tese: “*É constitucional o procedimento de execução extrajudicial da ga-*

rantia nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel de que trata a Lei n. 9.514/1997.”

É como voto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA – Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, os Senhores Ministros, na pessoa do Ministro-Relator Luiz Fux, a Senhora Procuradora-Geral da República interina, Doutora Elizeta, e os Senhores Advogados – um cumprimento especial aos que assomaram à tribuna.

Presidente, eu também votei vencida no precedente já tantas vezes citado, o RE 627.106, na honrosa companhia dos Ministros Edson Fachin, Ayres Britto.

O Ministro Luiz Fux, no seu brilhantíssimo voto, diante dos dados que ele apurou, neste caso desta Lei n.º 9.514, chega à conclusão de que o direito à moradia estaria devidamente preservado e o devido processo legal assegurado em razão da possibilidade de o devedor, verificando alguma irregularidade, ter acesso à Justiça.

A despeito de todos esses dados, Senhor Presidente, como aqui está questionado e posto como paradigma o princípio do amplo acesso à jurisdição, e com todas as vênias do Ministro-Relator e dos que o seguiram, eu também vou ficar na mesma

condição do Ministro Fachin, com os argumentos que foram levantados naquele RE 627.106, que, como disse no voto, dá amplitude muito maior ao princípio constitucional.

E neste caso, também faço referência, como posto de maneira muito expressa no parecer da Procuradoria-Geral da República, e ontem enfatizado pela Senhora Procuradora-Geral interina, no sentido da proteção a outro direito constitucional, que é o direito à moradia. Portanto, há uma transferência aqui para que o credor, que já dispõe de todos os recursos muito próximos, como enfatizado ontem, ao que é a jurisdição, ao ambiente jurisdicional, que se transfere aqui para o devedor que postula apenas no caso em que ele se sinta agredido nos seus direitos. Portanto, é o devedor que tem o ônus da judicialização.

Por essas singelas razões, Senhor Presidente, fazendo a junta de uma breve exposição mais fundamentada, reiterando o que eu tinha votado, não me afasto ainda daquele precedente, mesmo com a declaração de inconstitucionalidade que ali foi reconhecida com a tese.

Neste caso, estou acompanhando, como estamos em plenário, a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin, com as vênias, evidente, do Ministro Fux e dos que o seguiram.

É como voto.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Senhor Presidente, queria, nesta tarde, saudar Vossa Excelência, a Procuradora da República Elizeta e os demais integrantes da Corte e apenas ressaltar que eu fiz no voto um confronto que me levou a conclusão diversa.

Primeiro, é que, daquela data até hoje, houve um movimento de Justiça coexistencial com uma gama muito grande de desjudicialização. Citei o caso da conversão do divórcio, separação, inventário, partilha, usucapião extrajudicial nos cartórios, execução extrajudicial em cartório de ofício civil de protestos e ofícios da cidadania, que são os registros civis que agora podem expedir todos os documentos. Então o fenômeno da desjudicialização é algo que evoluiu muito como Justiça coexistencial, desabarrotando os tribunais.

Em segundo lugar, eu não tinha, naquela oportunidade, esse quadro, mas, como o Ministro Fachin destacou, eu trouxe substanciais elementos no sentido de que aumentou muitíssimo o nível de adimplemento e de consolidação da propriedade na pessoa do devedor; ao passo

que, quando era execução hipotecária, além de o processo demorar muitíssimo, não havia adimplemento nenhum.

Também citei que essa nova metodologia fez reduzir muitíssimo a taxa de juros, conforme o Banco Central, a Fazenda Nacional, enfim, todos que intervieram e noticiaram.

A redução da taxa de juros em um caso normal de empréstimo para aquisição de imóvel e a redução da taxa de juros nesse sistema têm uma diferença amazônica. E isso favoreceu não só o nível de adimplemento, como aumentou muito a consolidação da propriedade nas mãos do devedor e reduziu a consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário, que tem propriedade irresolúvel.

Sem prejuízo, houve um aperfeiçoamento da lei. A purga de mora foi admitida até a averbação - duas oportunidades - e, no leilão, haverá a preferência do devedor, e o leilão será levado a efeito pelo saldo devedor, não ficando o credor com a coisa.

Então, apenas repisando esses argumentos, razão pela qual, naquela oportunidade do Decreto-Lei nº 70, que já tem bastante tempo, esse quadro não se verificava.

VOTO - VOGAL

**O SENHOR MINISTRO
GILMAR MENDES (VOTO-VO-**

GAL): Trata-se de recurso extraordinário, no qual discute-se a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial de bens imóveis alienados fiduciariamente, previsto na Lei 9.514/1997, nos casos de inadimplência em contrato de mútuo imobiliário pelo Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), situando-se no tema 982 da sistemática da repercussão geral.

1) Resumo do caso

Na origem, trata-se de ação ordinária de anulação de atos jurídicos ajuizada pelo ora recorrente, em desfavor da Caixa Econômica Federal, questionando a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997, por violação aos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (eDOC 2, p. 5/21).

Julgado improcedente no primeiro grau (eDOC 3, p. 11/29), a parte apelou ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, repetindo os argumentos já esgrimidos, contudo sem qualquer sucesso, tal como se observa da decisão monocrática de negativa de seguimento (eDOC 3, p. 51/56).

Interposto agravo (eDOC 3, p. 58/74), adveio julgamento colegiado da Segunda Turma do TRF da 3ª Região, constando o seguinte no acórdão (ora recorrido):

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - CPC, ART. 557 - SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 - NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70 66 - O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL. I - Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária. II - Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular. III - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário. IV - *In casu*, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária. V - Agravo

legal improvido”. (eDOC 3, p. 96/105, grifo nosso).

No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “b”, da CF, questiona-se a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, normatizado na Lei 9.514/1997, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), à luz do art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV e LV, da CF.

O recorrente defende que:

“(…) a execução especial de que trata a Lei 9.514/97, é uma forma violenta de cobrança extrajudicial, incompatível com os princípios do Juiz natural, do contraditório e do devido processo legal, que permite seja o devedor desapossado do imóvel financiado, antes que possa exercitar qualquer defesa eficaz, ressaltando que referida medida executória contraria frontalmente nossa Lei Maior, pois, não observa e não aplica os referidos princípios consagrados no artigo 5º, XXXV, LIII, LIV e LV”. (eDOC 3, p. 107/116).

Aduz, em síntese, que: a) *“no caso concreto percebe-se claramente que várias das garantias ínsitas à cláusula do devido processo não são atendidas pelo procedimento de execução extrajudicial disciplinado na Lei 9.514/97”*; e ainda:

b) “ao afastar a participação do Poder Judiciário, e submeter a direção e supervisão do procedimento de execução patrimonial ao preposto do credor, é evidente que não se está na presença de órgão imparcial; a parcialidade compromete a igualdade das partes, o respeito ao direito de defesa, e em sentido mais amplo o contraditório, postulados de significativa importância no ordenamento jurídico nacional, hoje elevado a cláusula de garantia intangível (art. 5º, incisos I - igualdade -, XXXVII - tribunal de exceção-, IV - contraditório e ampla defesa)”. (eDOC 3, p. 107/116).

A Caixa Econômica Federal não apresentou contrarrazões ao apelo extremo.

Admitido o recurso extraordinário pela Vice-Presidência do TRF da 3ª Região (eDOC 3, p. 137/138), os autos foram encaminhados a esta Corte e, em seguida, houve a remessa dos autos à PGR, a qual emitiu parecer no sentido do provimento daquele apelo, em manifestação assim ementada:

“Recurso extraordinário. Violação ao art. 5º, XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV da CR. A Lei 9.514/1997 é inconstitucional, ao prever a licitude de que os agentes financeiros do SFH sejam simultaneamente parte e investidos de poderes jurisdicionais, na execução de contratos de financiamento imobiliário: ninguém pode ser juiz em causa

própria, sem ofender patentemente o Estado de direito. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário”. (eDOC 3, p. 146/169)

A matéria teve repercussão geral reconhecida, tal como se observa da seguinte ementa do acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. EXECUÇÃO EXTRA-JUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROPRIEDADE E À MORADIA. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA JURÍDICO, ECONÔMICO E SOCIAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA”. (RE 860.631 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 7.2.2018 – eDOC 4).

Foram admitidos como *amicus curiae* (eDOCs 61, 87, 185 e 254), a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP - eDOC 6), a Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação (ABMH - eDOC 30), o Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Imbradim – eDOC 63), a Federação Brasileira de Bancos (Febraban – eDOC 109), o Banco Central do Brasil (Bacen – eDOC 123) e a Defensoria Pública da União (eDOC 216).

Cumpra, portanto, analisar a constitucionalidade do referido diploma legal, frente aos postulados invocados da Constituição Federal, consistindo na definição do tema 982 da sistemática da repercussão geral.

2) Mérito

Os arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997, atualmente, estão assim disciplinados:

“Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º. Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º. O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º. A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do

Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 3º-A. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

§ 4º. Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de

maior circulação local ou nou-
tro de comarca de fácil acesso,
se no local não houver impres-
sa diária, contado o prazo para
purgação da mora da data da
última publicação do edital.

§ 5º. Purgada a mora no Re-
gistro de Imóveis, convalesce-
rá o contrato de alienação
fiduciária.

§ 6º. O oficial do Registro de
Imóveis, nos três dias seguin-
tes à purgação da mora, en-
tregará ao fiduciário as impor-
tâncias recebidas, deduzidas
as despesas de cobrança e de
intimação.

§ 7º. Decorrido o prazo de que
trata o § 1º sem a purgação
da mora, o oficial do compe-
tente Registro de Imóveis, cer-
tificando esse fato, promoverá
a averbação, na matrícula
do imóvel, da consolidação da
propriedade em nome do
fiduciário, à vista da prova do
pagamento por este, do im-
posto de transmissão inter vi-
vos e, se for o caso, do
laudêmio.

§ 8º. O fiduciante pode, com a
anuência do fiduciário, dar seu
direito eventual ao imóvel em
pagamento da dívida, dispen-
sados os procedimentos pre-
vistas no art. 27.

(...)

Art. 27. Uma vez consolidada
a propriedade em seu nome,
o fiduciário, no prazo de trin-
ta dias, contados da data do
registro de que trata o § 7º do
artigo anterior, promoverá
público leilão para a alienação
do imóvel.

§ 1º. Se no primeiro leilão pú-
blico o maior lance oferecido
for inferior ao valor do imó-

vel, estipulado na forma do
inciso VI e do parágrafo único
do art. 24 desta Lei, será rea-
lizado o segundo leilão nos
quinze dias seguintes.

§ 2º. No segundo leilão, será
aceito o maior lance ofereci-
do, desde que igual ou superi-
or ao valor da dívida, das des-
pesas, dos prêmios de seguro,
dos encargos legais, inclusive
tributos, e das contribuições
condominiais.

§ 2º-A. Para os fins do dispo-
sto nos §§ 1º e 2º deste artigo,
as datas, horários e locais dos
leilões serão comunicados ao
devedor mediante correspon-
dência dirigida aos endereços
constantes do contrato, inclu-
sive ao endereço eletrônico.

§ 2º-B. Após a averbação da
consolidação da propriedade
fiduciária no patrimônio do
credor fiduciário e até a data
da realização do segundo lei-
lão, é assegurado ao devedor
fiduciante o direito de prefê-
rência para adquirir o imóvel
por preço correspondente ao
valor da dívida, somado aos
encargos e despesas de que
trata o § 2º deste artigo, aos
valores correspondentes ao
imposto sobre transmissão
inter vivos e ao laudêmio, se
for o caso, pagos para efeito
de consolidação da proprieda-
de fiduciária no patrimônio do
credor fiduciário, e às despes-
as inerentes ao procedimen-
to de cobrança e leilão, incum-
bindo, também, ao devedor
fiduciante o pagamento dos
encargos tributários e despes-
as exigíveis para a nova aq-
uisição do imóvel, de que trata
este parágrafo, inclusive cus-

tas e emolumentos.

§ 3º. Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais; II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4º. Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º. Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 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.

§ 7º. Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser de-

nunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.

§ 8º. Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse.

§ 9º. O disposto no § 2º-B deste artigo aplica-se à consolidação da propriedade fiduciária de imóveis do FAR, na forma prevista na Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

§ 10. Os leilões e a publicação dos respectivos editais poderão ser realizados por meio eletrônico”.

Assim, a norma estipula a possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), garantidos pela alienação fiduciária do próprio imóvel financiado, estabelecendo, inicialmente, procedimentos que asseguram o rito extrajudicial em cartório de registro de imóveis (§ 1º do

art. 26), tais como a forma de intimação (§§ 2º a 4º do art. 26), a possibilidade de purgação da mora (§ 5º do art. 26) e a consolidação da propriedade do imóvel em nome do fiduciário (§7º do art. 26).

Na sequência, estipula, após o trâmite descrito no parágrafo anterior, como ocorrerá a alienação pública extrajudicial no art. 27.

Pois bem.

Os incisos XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV do art. 5º da CF determinam:

“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:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Da análise acurada da lei ora questionada, mais notadamente as normas acima expostas, ao realizar o financiamento no âmbito do SFI, bem ainda nas “operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR)” (art. 26-A da lei em tela), com garantia de alienação fiduciária, inexistente transmissão da propriedade ao devedorfiduciante, que permanece apenas com a posse direta do bem, mantendo-a até que ocorra a inadimplência (e a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário) ou seja quitado o valor financiado (com a transferência da propriedade ao devedor-fiduciante).

Isso está claro nos arts. 22 e 23 da festejada lei, a saber, respectivamente:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

(...)

Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel”.

Conseqüentemente, de forma diversa do alegado pelo recorrente, na alienação fiduciária (art. 17, IV), o credor-fiduciário não adentra no patrimônio do devedor-fiduciante para expropriar imóvel de propriedade alheia, haja vista que o bem resta mantido sob sua propriedade até a quitação do contrato pela outra parte ou até a consolidação da propriedade.

Tal situação diferente frontalmente das demais garantias previstas no art. 17 da citada lei: (i) hipoteca, na qual o imóvel fica em nome do devedor-fiduciante e é oferecido como garantia hipotecária; e (ii) a caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis (art. 17, I, II e III da mesma lei federal).

Desse modo, os procedimentos de execução extrajudicial previstos na Lei 9.514/1997 compatibilizam a garantia do contraditório e da ampla defesa, na seara extrajudicial, oportunizando ao devedor-fiduciante comprovar a inexistência de inadimplência ou purgar a mora, visando à manutenção da regularidade contratual.

Somente após o devedor-fiduciante ser intimado e não regularizada a mora, é que o oficial do cartório de registro de imóveis procederá à consolidação da propriedade em favor do credor-fiduciário.

Sendo assim, resta claro que a própria lei traz um regramento legal, específico e bem disciplinado sobre o tema, o qual vem sendo constantemente aperfeiçoado pelo Poder Legislativo, por meio das Leis 10.931/2004, 11.076/2004, 12.810/2013, 13.043/2014 e 13.465/2017 e 14.620/2023.

É importante lembrar que a obrigatoriedade de judicialização da cobrança de dívidas tem se mostrado claramente um desacerto, a exemplo das execuções fiscais, que se acumulam aos milhões nos escaninhos do Poder Judiciário sem qualquer efetividade, apenas onerando o aparelho estatal.

Veja-se que, ao redor do mundo, boa parte dessa cobrança não se faz de forma judicial, evitando-se um modelo que sobrecarrega o Judiciário e que o inviabiliza de forma direta, trazendo, inclusive, custos adicionais para o modelo de contrato e de financiamento.

Nesse ponto, é de bom alvitre recordar que esta Corte entendeu constitucional, na ADI 5.135, o protesto da CDA em cartório extrajudicial de notas, como forma de otimizar, desburocratizar e desjudicializar a co-

brança dos créditos da Fazenda Pública, cuja ementa descreve:

“Direito tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.492/1997, art. 1º, parágrafo único. Inclusão das certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto. Constitucionalidade. 1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material. 2. Em que pese o dispositivo impugnado ter sido inserido por emenda em medida provisória com a qual não guarda pertinência temática, não há inconstitucionalidade formal. É que, muito embora o STF tenha decidido, na ADI 5.127 (Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.10.2015), que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição, a Corte atribuiu eficácia *ex nunc* à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo questionado nesta ADI. 3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujei-

tos a protesto. Somente pode ser considerada ‘sanção política’ vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs. **3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexistente afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito.** De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício. **3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal**

impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo.

4. Nada obstante considere o protesto das certidões de divi-

da constitucional em abstrato, a Administração Tributária deverá se cercar de algumas cautelas para evitar desvios e abusos no manejo do instrumento. Primeiro, para garantir o respeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de ato infralegal que estabeleça parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição para identificar os créditos que serão protestados. Segundo, deverá promover a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, gerem situações de inconstitucionalidade (e.g., protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos) ou de ilegalidade (e.g., créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade). **5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: 'O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.'** (ADI 5.135, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 7.2.2018, grifo nosso).

No mesmo sentido, esta Corte entendeu constitucional a averbação da dívida em regis-

tros bens e direitos sujeitos a arresto e penhora (bens imóveis e móveis), prevista no art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, e, de outro lado, inconstitucional a indisponibilidade extrajudicial de bens nas ADIs 5.881, 5.886, 5.890, 5.925, 5.931 e 5.932, todas de relatoria do Min. Marco Aurélio, redator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 5.4.2021. Eis o resultado do julgamento e a ementa, respectivamente:

“O Tribunal, nos termos do voto médio do Ministro Roberto Barroso (Redator para o acórdão), julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta, para considerar inconstitucional a parte final do inciso II do § 3º do art. 20-B, onde se lê ‘tornando-os indisponíveis’, e constitucional o art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, ambos na redação dada pela Lei nº 13.606/2018. Também votaram nesse sentido os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Ricardo Lewandowski julgaram precedente ação direta. Os Ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia julgaram improcedente a ação. O Ministro Nunes Marques julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos de seu voto. Plenário, 09.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)”.

“Direito Constitucional, tributário e processual civil. Ações diretas de inconstitucionalidade. Averbação da Certidão de Dívida Ativa (CDA) em órgãos de registro e indisponibilidade de bens do devedor em fase pré-executória. 1. Ações diretas contra os arts. 20-B, § 3º, II, e 20-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº Lei nº 13.606/2018, que (i) possibilitam a averbação da certidão de dívida ativa em órgãos de registros de bens e direitos, tornando-os indisponíveis, após a conclusão do processo administrativo fiscal, mas em momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal; e (ii) conferem à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o poder de editar atos regulamentares. 2. Ausência de inconstitucionalidade formal. Matéria não reservada à lei complementar. Os dispositivos impugnados não cuidam de normas gerais atinentes ao crédito tributário, pois não interferem na regulamentação uniforme acerca dos elementos essenciais para a definição de crédito. Trata-se de normas procedimentais, que determinam o modo como a Fazenda Pública federal tratará o crédito tributário após a sua constituição definitiva. **3. Constitucionalidade da averbação da certidão de dívida ativa em registros de bens e direitos em fase anterior ao ajuizamento da execução fiscal. A mera averbação da CDA não viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla**

defesa, a reserva de jurisdição e o direito de propriedade.

É medida proporcional que visa à proteção da boa-fé de terceiros adquirentes de bens do devedor, ao dar publicidade à existência da dívida. Além disso, concretiza o comando contido no art. 185, caput, do Código Tributário Nacional, que presume 'fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa'. Tal presunção legal é absoluta, podendo ser afastada apenas 'na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita'. 4. Inconstitucionalidade material da indisponibilidade de bens do devedor na via administrativa.

A indisponibilidade tem por objetivo impedir a dilapidação patrimonial pelo devedor.

Todavia, tal como prevista, não passa no teste de proporcionalidade, pois há meios menos gravosos a direitos fundamentais do contribuinte que podem ser utilizados para atingir a mesma finalidade, como, por exemplo, o ajuizamento de cautelar fiscal.

A indisponibilidade deve respeitar a reserva de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, por se tratar de forte intervenção no direito de propriedade. 5. Procedência parcial dos pedidos, para considerar inconstitucional a parte final do inciso II do § 3º do art. 20-B, onde se lê

'tornando-os indisponíveis', e constitucional o art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, ambos na redação dada pela Lei nº 13.606/2018". (ADI 5.886, Revisor p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 5.4.2021, grifo nosso).

Ademais, a garantia constitucional da inafastabilidade do controle de ilegalidades pelo Poder Judiciário pode ser plenamente exercida durante o procedimento extrajudicial, em decorrência da possibilidade de o devedor-fiduciante ingressar judicialmente, a qualquer momento, para discutir eventual ilegalidades cometidas pelo credor-fiduciário.

O acórdão recorrido assentou que o regime de satisfação da obrigação previsto na Lei 9.514/1997 difere dos contratos firmados com garantia hipotecária, tendo em vista que, em caso de descumprimento contratual e decorrido o prazo para quitar a dívida, a propriedade do imóvel é consolidada em nome do credor-fiduciário.

Apesar de algumas diferenciações com o Decreto-Lei 70/1966, o posicionamento acima exposto está em consonância com a jurisprudência desta Corte, conforme se depreende de precedentes, cujas ementas consignam, respectivamente:

"EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma

legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido”. (RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 6.11.1998, grifo nosso).

“Recurso Extraordinário. 2. Decreto-Lei nº 70/66. **Recepção pela Constituição Federal de 1988. 3. Ofensa ao artigo 5º, I, XXXV, LIV, LV, da Carta Magna. Inocorrência.** 4. Precedentes. 5. Recurso Extraordinário que se nega provimento”. (RE 409.634, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 2.4.2004, grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI N. 70/66. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O decreto-lei n. 70/66, que dispõe sobre execução extrajudicial, foi recebido pela Constituição do Brasil.** Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 513.546 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 15.8.2008, grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. **EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. RECEPÇÃO DO DECRETOLAI N. 70/1966 PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLI-**

CA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. (AI 709.499 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 21.8.2009, grifo nosso).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. **EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. 1. Não ofende a Constituição o procedimento previsto no Decreto-lei 70/66.** Precedentes. 2. Ausência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido”. (AI 663.578 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 28.8.2009, grifo nosso).

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. **Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Jurisprudência assentada.** Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte”. (AI 678.256 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 26.3.2010, grifo nosso).

“Direito Processual Civil e Constitucional. Sistema Financeiro da Habitação. **Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes.** Recurso extraordinário provido. 1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é reali-

zado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais, se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite. **2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem apontado que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.** 3. Recurso extraordinário provido". (RE 556.520, Redator p/acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 14.6.2021, grifo nosso).

Cumprido destacar que, atualmente, esta Corte sacramentou o entendimento pela constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei 70/1966, tal como se observa da seguinte ementa:

"Direito processual civil e constitucional. Sistema financeiro da habitação. **Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes.** Recurso extraordinário não provido. 1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo

e pode lançar mão de recursos judiciais se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite. **2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem estabelecido que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.** 3. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a fixação da seguinte tese de repercussão geral: **'É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66.'**" (RE 627.106, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 14.6.2021, grifo nosso).

Eis a tese aprovada, na ocasião, no julgamento do tema 249 da sistemática da repercussão geral:

"É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66".

Mutatis mutandis, ressalte-se que o STF também compreendeu como constitucional o procedimento simplificado, disposto no art. 3º do Decreto-Lei 911/1969, em relação à alienação fiduciária de bens móveis, afastando a alegação de violação do devido processo legal,

do contraditório e da ampla defesa. *Ex vi*:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO DOS BENS. ART. 3º DO DECRETO-LEI 911/69. CONSTITUCIONALIDADE. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para afastar a extinção de ofício do processo e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o prosseguimento do julgamento do agravo de instrumento. Fixada a seguinte tese de julgamento: **‘O art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 foi recepcionado pela Constituição Federal, sendo igualmente válidas as sucessivas alterações efetuadas no dispositivo’.**” (RE 382.928, Redator p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 13.10.2020, grifo nosso).

Outrossim, o Min. Luiz Fux, ao reconhecer a repercussão geral nos presentes autos, salientou que os *“contratos firmados pelo Sistema Financeiro Imobiliário são produzidos em massa em todo o país, enquanto os juros praticados, inclusive em programas sociais de incentivo à moradia, são estabelecidos em plena consonância com os riscos decorrentes da inadimplência e com o tempo estimado para reaver imóveis nessa situação”*.

Concordo com a análise do relator: o custo do empréstimo financeiro é diretamente pro-

porcional às garantias que são oferecidas às instituições financeiras, como lastro suficiente em caso de inadimplência. Vide os percentuais de juros no empréstimo pré-aprovado chamado de “cheque especial” e no cartão de crédito, os quais são bem maiores do que os empréstimos consignados e dos contratos de financiamento imobiliário, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) ou do Sistema Financeiro de Imóveis (SFI), estes últimos com as garantias incidentes, sob o próprio imóvel, tais como previstas no art. 17 da mesma lei em questão.

Considero de extrema relevância as informações trazidas pelo Banco Central do Brasil, em seus memoriais:

“(…)

- as taxas de juros médias das operações de crédito residenciais com a utilização da alienação fiduciária são inferiores às taxas médias dos financiamentos garantidos por hipoteca em todos os períodos considerados;
- após a edição da Lei nº 9.514, de 1997, houve significativa expansão do mercado de crédito imobiliário, seja em termos absolutos ou relativos. Nesse sentido, a relação entre crédito imobiliário e PIB passou de cerca de 2% em 2008 para um patamar situado entre 9% e 10% nos últimos anos, ao passo que

a participação do crédito imobiliário em relação à carteira total de crédito das instituições financeiras cresceu de aproximadamente 5%, em junho de 2008, para cerca de 20%, patamar mantido nos últimos três anos.

- a edição da Lei nº 13.465, de 2017, que alterou dispositivos da Lei nº 9.514, de 1997, dentre outros, preservou as características essenciais da alienação fiduciária de coisa imóvel e promoveu aperfeiçoamentos nos procedimentos operacionais relacionados à execução dos créditos inadimplidos, trazendo maior clareza e dissipando a incerteza jurídica a que estavam submetidos fiduciários e fiduciantes em relação a determinadas questões.

- tais alterações contribuíram para dirimir controvérsias jurídicas verificadas ao longo do período de existência do instituto no arcabouço legal brasileiro e, conseqüentemente, para minimizar a probabilidade de discussões judiciais no futuro, propiciando-se maior solidez ao referido processo e segurança jurídica às partes envolvidas;

- **o instituto da alienação fiduciária contribuiu de forma significativa, nos últimos anos, para o crescimento do mercado de crédito imobiliário, propiciando, em ra-**

ção de suas características, maior segurança para a realização de operações de crédito e maior agilidade e eficiência ao processo de execução dos créditos inadimplidos, contribuindo, conseqüentemente, para a redução de riscos e custos associados à atividade creditícia.

18. Portanto, verifica-se que o referido tipo de garantia, largamente utilizado pelas instituições financeiras, cumpre papel fundamental para assegurar a eficiência e estabilidade do mercado de crédito imobiliário, com repercussões positivas na geração de emprego e renda, haja vista o impacto do segmento imobiliário na formação bruta de capital fixo e na absorção de mão de obra.

19. Em reforço às conclusões acima, eis algumas importantes conclusões constantes do Parecer 547/2021- BCB/DENOR e do Despacho Sumario 6236/2021-BCB/DENOR, documentos também produzidos pelo DENOR:

- **mais de 98% das operações de crédito de imóvel residencial são feitas por meio de alienação fiduciária, sendo mais de 6 milhões de operações atualmente ativas, isto é, residências/casas próprias concretas;**

- **a redução expressiva dos juros e o aumento correlato do tamanho do mercado de crédito.**

- Lado outro, em apenas 5% dos casos há consoli-

dação da propriedade. É dizer, em 95% é efetiva realização do sonho da casa própria.

20. Nesse contexto, não há dúvidas de que a execução extrajudicial da alienação fiduciária, por fornecer uma maior garantia aos credores, **contribui com a redução do risco e, por conseguinte, com a própria redução da taxa de juros.**

21. Ademais, extrai-se também dos dados ora apresentados que o número de operações aumentou, inclusive durante a pandemia, evidenciando que o instituto também contribui com a redução dos drásticos efeitos da crise decorrente da pandemia de Covid-19.

22. Portanto, observa-se que o instituto da alienação fiduciária é um meio extremamente eficaz de realizar justiça social, na medida em que oportuniza o acesso à moradia aos cidadãos brasileiros, dando, por conseguinte, efetiva concretude ao art. 6º da Constituição da República". (Petição 5096/2021-BCB/PGBC, grifo nosso).

O Estado de Direito não pode virar as costas para essa equação econômico-financeira, sob pena de onerar-se um setor primordial para o financiamento dos setores de infraestrutura e de moradia (SFI e SFH), além daquele gerido sob premissas diferenciadas pelo erário ("*com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de rendimento Residencial*" - art. 26-A), desaranjando as bases da nossa eco-

nomia, mediante interferência indevida pelo Poder Judiciário.

Isso porque, no caso de alienação fiduciária, repita-se, a propriedade resolúvel permanece em nome do credor fiduciário (que exerce a posse indireta), ao passo que o devedor fiduciante apenas adquire a propriedade com a quitação do financiamento habitacional (permanece apenas com a posse direta, durante a relação contratual). Assim, reputo plenamente constitucional o procedimento de execução e alienação extrajudicial de imóvel financiado, garantido por meio de alienação fiduciária, tal como disposto na Lei 9.514/1997.

3) Voto

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, assentando a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/1997, em toda sua extensão, nos termos da fundamentação.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Também eu peço todas as vênias à divergência aberta pelo eminente Ministro Luiz Edson Fachin e acompanhada pela Ministra Cármen Lúcia.

Eu entendo que essa previsão legal diminui o custo do crédito, o que considero muito importante, e minimiza a demanda pelo Poder Judiciário, já sobrecarregado. Como tive a oportunidade de observar ontem, durante a sustentação oral do ilustre Defensor Público, a imissão na posse depende de intervenção judicial. Assim, a parte tem o prazo para impugnar judicialmente, se desejar, e depois a própria imissão na posse depende da atuação judicial, de modo que eu não acho que esteja violado aqui o mandamento da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário.

Por essa razão, louvando o eminente Relator pelo seu voto, eu estou acompanhando Sua Excelência.

VOTO VOGAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA RG Nº 982. LEI Nº 9.514, DE 1997. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NOS CONTRATOS DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONFIRMA A VALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, INCS. XXIII, XXV, LIII, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PROCEDIMENTO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS.

1. O regime instaurado pela Lei nº 9.514, de 1997, gerou relevantes desdobramentos para o setor imobiliário, infundiu-lhe maior dinamismo, ao facilitar investimentos, em vista da rapidez e simplicidade do procedimento e de conferir maiores garantias na reaqüisição do crédito de financiamento imobiliário.

2. A alienação fiduciária consiste em pacto que gera situação peculiar de bifurcação da posse, na qual o fiduciante (devedor) se torna possuidor imediato e o fiduciário (credor) assume a posição de possuidor mediato e proprietário do bem imobiliário.

3. Este Supremo Tribunal Federal já apreciou questões análogas em relação ao aludido Decreto-Lei nº 70, de 1966, que versa sobre a execução extrajudicial de garantia hipotecária nos pactos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), tendo, reiteradamente, assentado a constitucionalidade do procedimento.

4. Por se tratar de questões análogas, em todo aplicável o quanto disposto por esta Corte no julgamento do RE nº 627.106- RG/PR, em que se fixou a tese relativa ao Tema nº 249 do ementário da Repercussão Geral, segundo a qual "É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66".

5. O procedimento de execução extrajudicial não aconte-

ce de maneira arbitrária ou sem controles, estando sujeito à revisão judicial a qualquer tempo. Isso porque o devedor, a partir do momento em que é notificado para acompanhar o procedimento, tem, à sua disposição, a possibilidade de contestar, por diferentes meios judiciais, qualquer irregularidade que venha a identificar em sua condução.

6. A disciplina legal de execução extrajudicial disposta na Lei nº 9.514, de 1997, equilibra a proteção dada às instituições financeiras, considerando os riscos que assumem, com a salvaguarda dos direitos essenciais do devedor, em modelo, aliás, que se alinha à tendência recente do direito processual, que tem direcionado certas atividades do âmbito judicial para o administrativo ou mesmo promovido a desjudicialização como forma de resolução de conflitos.

7. A postulada declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, com a necessária judicialização da execução, alinha-se em sentido contrário ao processo de evolução das formas executivas, que é de simplificação e desburocratização desses procedimentos, gerando o efeito secundário de asseveramento da máquina judiciária com centenas de milhares de novos processos executivos.

8. Acompanho o eminente e Relator no sentido de conhecer do recurso extraordinário, e negar-lhe provimento, assim como em relação à tese proposta por Sua Excelência, nos se-

guintes termos: “É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Senhor Presidente, eminentes Pares, acolhendo o escoreito relatório elaborado por Sua Excelência o eminente Ministro Luiz Fux, verifico tratar-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo nas alíneas “a” e “b” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que assentou, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - CPC, ART. 557 - SFH - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 - NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70/66 - O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL.

I - Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados

com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II - Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

IV - *In casu*, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (fls. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V - Agravo legal improvido." (e-doc. 164, p. 8).

2. Nas razões do apelo extremo, o recorrente sustenta violação ao artigo 5º, incs. XXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição da República. Alega que a execução extrajudicial no Sistema Financeiro Imobiliário, prevista pela Lei nº 9.514, de 1997, contraria os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, ao permitir ao credor fiduciário a excussão do

patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário, o que se traduziria numa forma de autotutela, não admitida em um Estado Democrático de Direito.

2.1 Suscita, portanto, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial, comparando-a ao procedimento previsto no Decreto-Lei nº 70, de 1966, submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral (RE nº 627.106-RG/PR, Tema RG nº 249).

3. O Tribunal *a quo* proferiu juízo positivo de admissibilidade do recurso.

4. A Procuradoria-Geral da República elaborou parecer opinando pelo provimento do recurso extraordinário.

5. O e. Ministro Luiz Fux trouxe percuciente voto em que reconhece a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto pela Lei nº 9.514, de 1997, e, por consequência, nega provimento ao recurso extraordinário. Propõe, ainda, a fixação da seguinte tese: "*É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal*".

6. Adianto que acompanharei Sua Excelência no voto e nos termos da tese por ele propos-

ta, cabendo-me, nesta oportunidade, destacar algumas considerações que entendo relevantes para o deslinde da questão posta nos autos.

7. Conforme destacou o e. Relator, o advento da Lei nº 9.514, de 1997, em que disciplinado o procedimento de execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, foi fruto de um dinâmico processo de evolução legislativa em resposta à necessidade de ampliação do crédito para financiamento de imóveis e consequente redução do *deficit* habitacional.

8. No ano de 1964, por meio da Lei nº 4.380, instituiu-se o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), norma legal responsável pela criação do Banco Nacional da Habitação (BNH), órgão à época encarregado de supervisionar o Sistema Financeiro da Habitação.

9. Em sequência, com a promulgação do Decreto-Lei nº 70, de 1966, foi introduzida a cédula hipotecária, que, dentre outras hipóteses de emissão, se prestava à garantia de operações abrangidas pelo SFH. No que tange ao procedimento de execução hipotecária, concedeu-se, à época, a prerrogativa ao credor de optar pelo rito estabelecido no Código de Processo Civil ou seguir o procedimento delineado pelo decreto, introduzindo, desse modo, a via de execução extrajudicial.

10. Por conseguinte, no ano de 1971, surgiu a Lei nº 5.741, responsável pelo delineamento da salvaguarda dos financiamentos imobiliários atrelados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Tal legislação permitiu a recuperação do crédito hipotecário associado ao sistema por intermédio tanto da esfera extrajudicial (em conformidade com os arts. 31 e 32 do Decreto-Lei nº 70, de 1966) quanto da judicial, por meio da propositura de ação executiva. Desde esse momento, percebe-se que a intenção do legislador orbitava em torno de simplificar e imprimir agilidade à recuperação do sistema financeiro imobiliário, visando dar maiores garantias de reavaliação do capital emprestado, de modo a equilibrar os riscos intrínsecos a essas operações financeiras.

11. Todavia, o panorama de reiteradas perturbações no cenário econômico nacional, aliado a estratégias monetárias infrutíferas e ao intensificado processo inflacionário vivenciado nas décadas subsequentes, propiciou um desarranjo no SFH conforme estabelecido originalmente, o que resultou em intensa restrição no acesso ao crédito destinado à aquisição de imóveis residenciais.

12. Em resposta a esses desafios, em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.514, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento

to Imobiliário (SFI) e instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis como o símbolo de um novo panorama regulatório.

13. O regime instaurado pela Lei nº 9.514, de 1997, gerou relevantes desdobramentos para o setor imobiliário, infundindo-lhe maior dinamismo, ao facilitar investimentos, em vista da rapidez e simplicidade do procedimento e de conferir maiores garantias na reanquirição do crédito de financiamento imobiliário.

14. A partir dessa compreensão histórica e do cenário econômico relacionado ao financiamento imobiliário, passo a destacar alguns pontos que, a meu sentir, revelam a constitucionalidade do rito de execução extrajudicial estabelecido na Lei nº 9.514, de 1997, na linha do que defendido pelo e. Relator, Ministro Luiz Fux.

15. De acordo com o estabelecido nos arts. 22 e subsequentes do Diploma legal em questão, a alienação fiduciária de bem imóvel configura-se como "*o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel*". Trata-se de pacto que gera situação peculiar de bifurcação da posse, na qual o fiduciante (devedor) se torna possuidor imediato e o fiduciário

(credor) assume a posição de possuidor mediato e proprietário do bem imobiliário.

16. A doutrina destaca que:

"A alienação fiduciária, como negócio de garantia que é, se desenvolve como um direito acessório, dependente de uma obrigação principal, notadamente um contrato de mútuo, pelo qual o devedor - chamado de fiduciante - realiza, por si, ou por intermédio de terceiro, a entrega de bem imóvel, para o credor - dito fiduciário -, em propriedade resolúvel, enquanto durar a obrigação principal."

(Lima, Frederico Henrique Viegas. *Da Alienação Fiduciária em garantia de coisa imóvel*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 41).

"Conceituando, a alienação fiduciária em garantia constitui um negócio jurídico que traz como conteúdo um direito real de garantia sobre coisa própria. Isso porque o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário. Constatase que o credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real sobre a coisa que lhe é própria. Com o pagamento de todos os valores devidos, o devedor fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão de que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel." (Tartuce, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2022, p. 804).

17. O procedimento de execução extrajudicial é minudentemente delineado no art. 25 e seguintes da Lei, a seguir transcritos: "Art. 25. Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

§ 1º No prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato.

§ 2º À vista do termo de quitação de que trata o parágrafo anterior, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária.

Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais

encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 3º-A. Quando, por duas vezes, o oficial de registro de imóveis ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de

que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicada durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou outro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalesce á o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

§ 7º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de

transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 26-A. Os procedimentos de cobrança, purgação de mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sujeitam-se às normas especiais estabelecidas neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 1º A consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário será averbada no registro de imóveis trinta dias após a expiração do prazo para purgação da mora de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º Até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária, é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida vencidas e as despesas de que trata o inciso II do § 3º do art. 27, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se no primeiro leilão público o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI e do parágrafo único do art. 24 desta Lei, será realizado o segundo leilão nos quinze dias seguintes. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 2º-A. Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 2º-B. Após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas de que trata o § 2º deste artigo, aos

valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao *laudêmio*, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbindo, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por: I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais; II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 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.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 9º O disposto no § 2o-B deste artigo aplica-se à consolidação da propriedade fiduciária de imóveis do FAR, na forma prevista na Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)

§ 10 Os leilões e a publicação dos respectivos editais poderão ser realizados por meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 14.620, de 2023).”

18. A leitura dos dispositivos acima permite uma compreensão abrangente do rito extrajudicial que se encontra em debate. Como se pode extrair, cuida-se de procedimento iniciado, por solicitação do credor, junto ao Registro de Imóveis, com o objetivo de formalizar a inadimplência. A partir desse marco, desencadeiam-se atos sequenciais que, inequivocamente, **possibilitam ao devedor fiduciante manifestar-se e adotar medidas contestadoras e reparadoras**. Se a pendência financeira perdurar, o desfecho subsequente será a inscrição da consolidação da propriedade na matrícula do imóvel, ocasião em que o credor recebe autorização para realizar leilão público visando à venda da propriedade.

19. No debate sobre a constitucionalidade desse dispositivo, é importante destacar que **este Supremo Tribunal Federal já apreciou questões análogas em relação ao aludido Decreto-Lei nº 70, de 1966**, que versa sobre a execução extrajudicial de garantia hipotecária nos pactos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), **tendo, reiteradamente, assentado**

a constitucionalidade do procedimento.

20. De acordo com a disciplina do Decreto-Lei nº 70, de 1966, confere-se aos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH) a salvaguarda da hipoteca, um mecanismo distinto da alienação fiduciária de imóvel. Isso porque, na hipoteca, durante o período de adimplemento do contrato, não há transferência de propriedade em favor do credor, configurando-se como um direito real de garantia (do credor) sobre um bem de terceiro (devedor).

21. Por outro lado, na alienação fiduciária, com propósito garantidor, o credor fiduciário é quem detém a propriedade condicional do bem durante o período de adimplemento contratual, estabelecendo-se, portanto, um direito real (do credor) sobre um bem que lhe pertence (ao credor). Assim, na alienação fiduciária de imóvel, não ocorre a passagem da propriedade ao devedor, apenas a transição da posse direta do bem.

22. Disso decorre que, durante o processo de execução extrajudicial, o credor fiduciário não pratica excussão sobre bem de propriedade do devedor, visto que, na realidade, o imóvel objeto da garantia se configura como de propriedade do próprio credor. Nesse passo, quando se lida com pro-

priedade condicional, enquanto a condição — que é o cumprimento do contrato — não for atendida, a titularidade do bem permanece sob a custódia do credor fiduciário, que, mesmo de forma condicional, é o proprietário do ativo. Essa é, portanto, uma diferença fundamental em relação à garantia proporcionada pela hipoteca.

23. Ocorre que, mesmo no caso de execução extrajudicial da garantia hipotecária nos contratos do SFH, em que, como visto, o bem objeto da garantia não é de propriedade do credor, este Supremo Tribunal Federal tem reconhecido e validado o procedimento extrajudicial, à luz da Constituição de 1988.

24. Assim, com ainda maior razão, os fundamentos que embasaram aquela decisão podem, com as devidas adaptações, ser aplicados na avaliação dos argumentos agora apresentados contra o método extrajudicial de execução da cláusula de alienação fiduciária em garantia.

25. Desse modo, em todo aplicável o quanto disposto por esta Corte no julgamento do RE nº 627.106-RG/PR, em que se fixou a tese relativa ao Tema RG nº 249, segundo a qual *“É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de exe-*

cução extrajudicial previsto no Decreto-Lei nº 70/66". Eis a ementa desse julgamento:

"EMENTA: Direito processual civil e constitucional. Sistema financeiro da habitação. Decreto-Lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. Recurso extraordinário não provido.

1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite.

2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem estabelecido que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

3. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a fixação da seguinte tese de repercussão geral: "É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66."

(RE nº 627.106-RG/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 08/04/2021, p. 14/06/2021).

26. Como se pode ver, durante referido julgamento, que, frise-se, cuidou de solucionar questão análoga à discutida nos presentes autos, rejeitou-se a alegação de que o procedimento de execução extrajudicial de imóvel referente a dívida hipotecária, conforme estabelecido pelo Decreto-Lei nº 70, de 1966, estaria em desacordo com os arts. 5º, incs. XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII e LIV, e 6º da Constituição da República.

27. No mesmo sentido em que fixado naquele julgamento e diante das mesmas razões, **não identifico afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à Justiça** (art. 5º, inc. XXXV, da CRFB), segundo o qual "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*", porquanto o procedimento de execução extrajudicial **não acontece de maneira arbitrária ou sem controles, estando sujeito à revisão judicial a qualquer tempo**. Isso porque o devedor, a partir do momento em que é notificado para acompanhar o procedimento, tem, à sua disposição, a **possibilidade de contestar, por diferentes meios judiciais, qualquer irregularidade que venha a identificar em sua condução**.

28. Assim, as partes envolvidas têm total liberdade para buscar a proteção de seus di-

reitos em juízo, em qualquer etapa do processo, conforme estabelecido pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. Em outras palavras, mesmo que o procedimento específico aconteça fora do âmbito jurisdicional, isso não impede que as partes busquem o Judiciário para resolver disputas ou combater possíveis ilegalidades cometidas durante o processo.

29. No tocante às alegações que sugerem ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme estabelecido nos arts. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, tenho que, apesar de seu caráter extrajudicial, o procedimento de execução ínsito à alienação fiduciária de propriedade (Lei nº 9.514, de 1997) segue princípios processuais que estão alinhados tanto com a Constituição da República quanto com as diretrizes gerais do Código de Processo Civil, que são aplicadas em procedimentos judiciais relacionados a direitos reais sobre imóveis.

30. Ademais, a existência de procedimentos extrajudiciais de accertamento do direito, por atividade de cognição, e de excussão patrimonial não redundam, necessariamente, na violação aos princípios processuais. Um exemplo disso é o procedimento trazido pela Lei nº 9.307, de 1996, que discipli-

na a arbitragem, pelo qual se pode convencionar que litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis possam ser solucionados fora do Poder Judiciário. Sobre a questão, discorre Flávio Tartuce:

“Fazendo outro paralelo legislativo, entender que o procedimento administrativo constante da Lei nº 9.514/1997 é inconstitucional é o mesmo que concluir que a Lei de Arbitragem também o é, pois esta lei estaria afastando a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que possibilita o afastamento de controvérsia pelo Poder Judiciário quando as partes convencionarem que questão envolvendo o contrato ou a obrigação será decidida por árbitros de sua confiança. E, como é notório, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996, até porque a arbitragem constitui um dos mais efetivos modos alternativos de solução de conflitos, como exercício da autonomia privada (STF, AgR 5.206/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04/2004).”

(Tartuce, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2022, p. 864).

31. Com efeito, a meu sentir, a disciplina legal de execução extrajudicial disposta na Lei nº 9.514, de 1997, equilibra a proteção dada às instituições financeiras, considerando os riscos que assumem, com a

salvaguarda dos direitos essenciais do devedor, em modelo que, aliás, se alinha à tendência recente do direito processual, que tem direcionado certas atividades do âmbito judicial para o administrativo ou mesmo promovido a desjudicialização como forma de resolução de conflitos.

32. Destaque-se que a extinção desse processo, que tem sido uma prática consolidada no nosso sistema legal, teria implicações significativas no âmbito econômico, a exemplo da desestabilização do sistema de financiamento habitacional, com um possível aumento na taxa média de juros, a diminuição no tempo médio de pagamento da dívida e uma redução no acesso ao financiamento habitacional.

33. Para ilustrar a importância do instituto, sirvo-me do parecer econômico juntado pela Febraban (e-doc. 180, p. 84), que aponta que *"a utilização da alienação fiduciária passou de apenas 0,1% dos contratos de financiamento em 2007 para mais de 94% dos contratos em 2017"* e que *"em termos de volume financiado, a alienação fiduciária é a forma de garantia utilizada em R\$ 544 bilhões de reais em operações de crédito imobiliário, de um total de R\$ 547 bilhões em operações de crédito ativas em 2017, o que corresponde a mais de 99% do volume de crédito*

imobiliário contratado no Brasil". Ainda segundo o citado parecer (e-doc. 180, p. 84), *"a baixa inadimplência observada nos contratos de alienação fiduciária - apenas 1,5% dos contratos em 2017 - mostra que a introdução dessa modalidade foi, de fato, responsável pela redução da inadimplência no crédito imobiliário no Brasil no período"*.

34. Dessa forma, tenho que o retorno ao sistema de forçosa judicialização pode representar um passo atrás, com a reintrodução das falhas encontradas no paradigma anterior e eliminação de avanços que foram cruciais para a expansão do setor imobiliário e a diminuição dos riscos e despesas relacionadas ao crédito.

35. Isso se evidencia a partir da constatação de que, geralmente, a taxa de juros tende a ser inversamente relacionada à solidez da garantia apresentada pelo mutuário, pelo que a extinção do procedimento pode gerar aumento dos custos das operações de financiamento no setor imobiliário, afetando, por extensão, a questão do *deficit* de moradias no País.

36. Ainda, sob o ponto de vista processual, a postulada declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, com a necessária judicialização da execução, alinha-se em sentido contrário ao processo de evo-

lução das formas executivas, que é de simplificação e desburocratização desses procedimentos, gerando o efeito secundário de assoberbamento da máquina judiciária com centenas de milhares de novos processos executivos.

Dispositivo

37. Ante o exposto, **acompanho o eminente Relator no sentido de conhecer do recurso extraordinário, e negar-lhe provimento, assim como em relação à tese proposta por Sua Excelência, nos seguintes termos: "É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal"**.

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que conhecia do recurso extraordinário e negava-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal *a quo*, e propunha a seguinte tese (tema 982 da repercussão geral): "É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação

fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal", no que foi acompanhado pelos Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrida, o Dr. Carlos Augusto Jenier; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP, o Dr. Fernando Crespo Queiroz Neves; pelo *amicus curiae* Federação Brasileira De Bancos – FEBRABAN, o Dr. Gustavo César de Souza Mourão; pelo *amicus curiae* Banco Central do Brasil, o Dr. Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, Procurador-Geral Adjunto do Banco Central; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos, Procuradora-Geral da República em exercício. Ausente, justificadamente, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 25.10.2023.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 982 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, mantendo a decisão do Tribunal *a quo*, nos termos do voto do Relator, vencidos os Minis-

tros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Por unanimidade, fixou a seguinte tese: “É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 26.10.2023.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Procuradora-Geral da República em exercício, Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

Execução. Extinção. Prescrição intercorrente. Honorários sucumbenciais. Corte Especial.¹

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA NA EXECUÇÃO EXTINTA POR PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUSTAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, PRECEDIDO DE RESISTÊNCIA DO EXEQUENTE. RESPONSABILIDADE PELOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. A controvérsia cinge-se em saber se a resistência do exequente ao reconhecimento de prescrição intercorrente é capaz de afastar o princípio da causalidade na fixação dos ônus sucumbenciais, mesmo após a extinção da execução pela prescrição.

2. Segundo farta jurisprudência desta Corte de Justiça, em caso de extinção da execução, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, mormente quando este se der por ausência de localização do devedor ou de

seus bens, é o princípio da causalidade que deve nortear o julgador para fins de verificação da responsabilidade pelo pagamento das verbas sucumbenciais.

3. Mesmo na hipótese de resistência do exequente -por meio de impugnação da exceção de pré-executividade ou dos embargos do executado, ou de interposição de recurso contra a decisão que decreta a referida prescrição -, é indevido atribuir-se ao credor, além da frustração na pretensão de resgate dos créditos executados, também os ônus sucumbenciais com fundamento no princípio da sucumbência, sob pena de indevidamente beneficiar-se duplamente a parte devedora, que não cumpriu oportunamente com a sua obrigação, nem cumprirá.

4. A causa determinante para a fixação dos ônus sucumbenciais, em caso de extinção da execução pela prescrição intercorrente, não é a existência, ou não, de compreensível resistência do exequente à aplicação da referida prescrição. É, sobretudo, o inadimplemento

¹ Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2256744&tipo=0&nreg=202100711996&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20231124&formato=PDF&salvar=false>>.

do devedor, responsável pela instauração do feito executório e, na sequência, pela extinção do feito, diante da não localização do executado ou de seus bens.

5. A resistência do exequente ao reconhecimento de prescrição intercorrente não infirma nem supera a causalidade decorrente da existência das premissas que autorizaram o ajuizamento da execução, apoiadas na presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo e no inadimplemento do devedor.

6. Embargos de divergência providos para negar provimento ao recurso especial da ora embargada.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, a Corte Especial, por unanimidade, decide conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Og Fernandes e Luis Felipe Salomão. Aposentada a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 09 de novembro de 2023 (Data do Julgamento).

EAREsp 1.854.589-PR. DJe 29/11/2023.

MINISTRA **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente

MINISTRO **RAUL ARAÚJO**

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Trata-se de **embargos de divergência** opostos contra acórdão da colenda

PRIMEIRA TURMA assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RESISTÊNCIA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. O reconhecimento da prescrição intercorrente não permite a condenação da parte exequente em honorários advocatícios com base no princípio da causalidade, de modo que, se ela não resistir ao pedido de extinção do feito fundado nesse motivo, estará desonerada desse ônus; ao revés, havendo oposição do credor, a verba honorária será devida, com respaldo

no princípio da sucumbência. Precedentes.

2. Hipótese em que a Fazenda Pública impugnou a exceção de pré-executividade, defendendo a inoccorrência da prescrição e a continuidade da execução fiscal.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1.854.589/PR, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, **PRIMEIRA TURMA**, DJe de 22/3/2022)

3. Hipótese dos autos em que, contudo, mostra-se inviável a imputação das verbas de sucumbência à parte executada, ante o princípio da vedação da reforma para pior (*non reformatio in pejus*).

4. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl no REsp 1.813.803/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, **TERCEIRA TURMA**, DJe de 18/12/2020)

Na petição do recurso uniformizador, o embargante alega que o acórdão impugnado diverge do seguinte julgado da colenda TERCEIRA TURMA:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMA PARA PIOR.

1. Cuida-se de agravo interno por meio do qual o executado, em razão da decretação da prescrição intercorrente, postula a fixação de honorários advocatícios em seu favor.

2. **Consoante a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem esta 2ª Seção, a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens penhoráveis não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente.** Precedentes.

Sustenta que, não obstante a **similitude fática entre os arestos confrontados** - "que analisaram casos em que, apesar da resistência oferecida pelo credor, houve a decretação da prescrição intercorrente, tendo em vista o transcurso de tempo sem que tenham sido localizados bens em nome do devedor" -, foram adotadas **soluções jurídicas distintas**, nos seguintes termos:

Para o aresto embargado: "uma vez apresentada resistência à pretensão do executado, afirmando que não haveria prescrição no caso concreto e que o feito executivo deveria prosseguir, resulta imperiosa a fixação dos honorários de advogado, na esteira do entendimento desta Corte Superior" (fl. 994)

Já para o aresto paradigma, apoiado na jurisprudência da Segunda Seção, asseverou que: "a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para

a parte exequente". A decisão modelo registrou ainda que: "diante da ausência de sucumbência para o exequente, é de rigor a não fixação de honorários à parte executada, ora agravante, razão pela qual não houve fixação na decisão agravada, tendo sido a sentença restabelecida apenas quanto ao reconhecimento da prescrição. (fl. 1.005)

Argumenta que "**o oferecimento de resistência, pelo credor, ao reconhecimento da prescrição não faz desaparecer o fato de que o processo somente foi ajuizado em razão do inadimplemento do devedor**" e que, por isso, não se mostra razoável imputar responsabilidade ao credor que foi obrigado a ajuizar a ação, "*mesmo quando ele oferece resistência à exceção apresentada*" (fl. 1.005).

Admitiram-se, na decisão de fls. 1.028/1.030, os embargos de divergência para melhor exame da questão controvertida.

Devidamente intimada, a parte embargada apresentou impugnação (fls. 1.033/1.040).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo **conhecimento e provimento dos embargos de divergência**, sob o fundamento de que "*a parte credora -no caso, a Fazenda Pública -não deve ser condenada ao pagamento de honorários de sucumbência, quando a execu-*

ção foi extinta pelo pronunciamento da prescrição intercorrente, por ausência de localização de bens da parte devedora (...). Deveras, conforme bem colocado pelo ora embargante, 'tal condenação implicaria em dupla oneração do credor, uma vez que, além de não receber o valor devido pelo executado, ficaria obrigado a pagar quantia ao devedor pelo fato de ele, inadimplente, não possuir bens. Não é natural esse entendimento, d. v.' (fl.1.006).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

-I-

De início, cumpre reconhecer a **existência de similitude processual** entre os casos confrontados, **com soluções jurídicas divergentes**.

Em ambos os julgados confrontados, **a prescrição intercorrente foi decretada pelo d. Juízo singular, com condenação do exequente** ao pagamento das custas e **honorários advocatícios sucumbenciais** em favor do executado, **após a oposição de exceção de pré-executividade pelo devedor, a qual fora impugnada pela parte credora**.

No âmbito do **Superior Tribunal de Justiça**, nos autos do **REsp 1.854.589/PR**, no **acórdão embargado**, houve resta-

belecimento da condenação prevista na r. sentença quanto à fixação de honorários advocatícios em favor da parte executada, **aplicando-se o princípio da sucumbência**. Por outro lado, nos autos do **REsp 1.813.803/SP**, no **aresto paradigma**, embora tenha sido reconhecida a prescrição intercorrente, não se restabeleceram os ônus sucumbenciais em favor da parte executada, por se entender **aplicável o princípio da causalidade**.

No recurso especial relativo ao **acórdão paradigma**, concluiu-se que *“a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens penhoráveis não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente”*. No recurso julgado no **aresto embargado**, por sua vez, considerou-se que, havendo resistência da parte exequente ao pedido de aplicação da prescrição intercorrente, em exceção de pré-executividade, a verba honorária será devida pelo exequente, com respaldo no princípio da sucumbência.

Portanto, mostram-se presentes **conclusões jurídicas dissonantes, diante de uma mesma situação processual**.

De fato, em ambos os casos houve impugnação pelo credor à exceção de pré-executividade apresentada pelo deve-

dor, a qual visava à decretação da prescrição intercorrente. Não obstante, o d. Juízo de primeira instância reconheceu o implemento da aludida prescrição e esta Corte de Justiça, no âmbito de sua competência, ao examinar a questão dos ônus sucumbenciais, deu interpretação divergente nos dois julgados mencionados.

Desse modo, atendidos os requisitos de admissibilidade recursal e havendo nítida similitude processual entre os acórdãos confrontados, **é devido o conhecimento dos presentes embargos de divergência**.

- II

-No mérito, a controvérsia cinge-se a saber se a **resistência do exequente** ao reconhecimento de **prescrição intercorrente**, alegada em exceção de pré-executividade, é capaz de afastar o princípio da causalidade na fixação dos ônus sucumbenciais, após a extinção da execução, fazendo incidir o princípio da sucumbência. Cumpre salientar, por oportuno, que, **após a alteração do art. 921, § 5º, do Código de Processo Civil, pela Lei 14.195**, de 26 de agosto de 2021, o reconhecimento da prescrição intercorrente e a conseqüente extinção do processo impedem a imputação de quaisquer ônus às partes. Contudo, **não é essa nova norma que rege os casos dos autos**.

Desse modo, a análise da questão controvertida mantém-se pertinente, ao menos para as hipóteses não abrangidas pela novel legislação, como as tratadas nos presentes autos. Realmente, segundo **farta jurisprudência** firmada no âmbito dos **diversos órgãos fracionários desta Corte de Justiça**, em caso de extinção da execução, em razão do **reconhecimento da prescrição intercorrente**, mormente quando este se der por ausência de localização do devedor ou de seus bens, **é o princípio da causalidade** que deve nortear o julgador para fins de verificação da responsabilidade pelo pagamento das verbas sucumbenciais. Nessa compreensão, com o **reconhecimento da prescrição intercorrente**, a parte que deu causa à instauração do processo executivo é que deverá suportar as despesas dele decorrentes. Tal ônus, portanto, é imposto, em regra, ao executado, que deixou de satisfazer espontaneamente a obrigação exequenda, **evitando-se, assim, seja o devedor duplamente premiado** por seu inadimplemento, livrando-se da execução e ainda auferindo honorários sucumbenciais, enquanto **o credor, em contrapartida, é duplamente penalizado**, com a frustração de seu direito de crédito e com a responsabilização pelo pagamento das custas e honorários

advocatícios sucumbenciais em favor do executado. A respeito dessa interpretação, podem ser mencionados, *a título ilustrativo*, os seguintes julgados desta Corte Superior:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMA PARA PIOR.

1. *Cuida-se de agravo interno por meio do qual o executado, em razão da decretação da prescrição intercorrente, postula a fixação de honorários advocatícios com base no “proveito econômico obtido”, isto é, o montante que deveria adimplir se a execução chegasse ao seu termo natural.*

2. **Consoante a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem esta 2ª Seção, a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens penhoráveis não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente.** *Precedentes.*

3. *Hipótese dos autos em que, contudo, mostra-se inviável a imputação das verbas de sucumbência à parte executada, ante o princípio da vedação da reforma para pior (non reformatio in pejus).*

4. *Agravo interno não provido.* (AgInt nos EDcl na EAREsp 957.460/PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, **SEGUNDA SEÇÃO**, DJe de 20/2/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS POR EQUIDADE. RECURSO INTERPOSTO COM A FINALIDADE DE FIXAÇÃO EM PERCENTUAL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DO STJ. MATÉRIA QUE PRECEDE JUÍZO SOBRE PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE DA VERBA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PERMANÊNCIA, NO CASO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, EM DESFAVOR DOS EXECUTADOS. PRECEDENTES. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. INADMISSIBILIDADE, VEDADA A REFORMATIO IN PEJUS QUANTO AQUELES JÁ FIXADOS. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (...)

2. *A opção de fixação dos honorários de advogado pela ótica do percentual do valor da condenação, proveito econômico ou valor da causa, ou, ainda, pela apreciação equitativa, precede a qualquer análise sobre estar o arbitramento adotado em harmonia ou não com a proporcionalidade ou razoabilidade diante das circunstâncias da causa, o que afasta a Súmula n.º 7 do STJ.*

3. *A Corte Especial, em recentíssimo julgamento do Tema*

n.º 1.076 dos recursos repetitivos, alinhou-se a entendimento já consolidado no âmbito da Segunda Seção do STJ no sentido de que o NCPC instituiu no art. 85, § 2º, regra geral obrigatória no sentido de que os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da condenação ou do proveito econômico ou, não sendo possível identificá-lo, sobre o valor da causa, restringindo-se o comando excepcional do § 8º do art. 85, de fixação por equidade, às causas em que for inestimável ou irrisório o proveito ou, ainda, em que o valor da causa for muito baixo.

4. O reconhecimento da prescrição intercorrente não afasta o mote da propositura da demanda executória consistente no inadimplemento de obrigação líquida e certa, mantendo o princípio da causalidade plenamente funcional em desfavor dos executados. Conquanto não sirva o fundamento para infirmar os honorários já fixados (vedação da reformatio in pejus), é mais que suficiente para repelir qualquer pretensão de majorá-los.

5. *Recurso não provido.*

(AgInt no AREsp 1.900.192/PR, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, **TERCEIRA TURMA**, DJe de 19/10/2022)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HO-

NORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O entendimento adotado pelas Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ, é no sentido de que em face do princípio da causalidade, não se justifica a imposição de sucumbência ao exequente, frustrado em seu direito de crédito, em razão de prescrição intercorrente. Isso porque quem deu causa ao ajuizamento da execução foi o devedor que não cumpriu a obrigação de satisfazer dívida líquida e certa.

2. A causalidade diz respeito a quem deu causa ao ajuizamento da execução - no caso, o devedor que deixou de satisfazer espontaneamente a obrigação - não tendo relação com a causa que ensejou a decretação da prescrição intercorrente (inação do credor durante o prazo prescricional).

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AgInt no AREsp 2.037.941/PR, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, **QUARTA TURMA**, DJe de 30/9/2022)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. SUPPOSTA OFENSA AO ART. 1022 DO CPC/2015. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS DO EXECUTADO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. NÃO CABIMENTO.

(...)

2. Em razão do princípio da causalidade, a decretação da prescrição intercorrente, por ausência de localização de bens da parte devedora, não autoriza a condenação do exequente em verba honorária, inclusive em sede de execução fiscal, ainda que oferecida exceção de pré-executividade. Precedentes (...)

3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.992.596/GO, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, **SEGUNDA TURMA**, DJe de 5/9/2022)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CAUSALIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DO ADVOGADO. ÔNUS DA PARTE EXECUTADA.

1. O reconhecimento da ocorrência de prescrição intercorrente não autoriza a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários sucumbenciais do advogado, ainda que oferecida exceção de pré-executividade, pois, nessa hipótese, não foi a Fazenda exequente a responsável pelo ajuizamento da ação executiva nem pela não localização do devedor ou de seus bens. Precedentes.

2. No caso dos autos, o recurso da Fazenda foi provido porque o acórdão do TRF da 4ª Região decidiu condená-la ao pagamento dos honorários sucum-

benciais do advogado em razão de a parte executada ter oferecido exceção de pré-executividade.

3. *Agravo interno não provido.* (AgInt no REsp 1.929.415/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, **PRIMEIRA TURMA**, DJe de 22/9/2021)

Citam-se, ainda, outros acórdãos: AgInt no REsp 1.981.120/MS, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, **SEGUNDA TURMA**, DJe de 23/6/2022; AgInt no AREsp 1.532.496/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, **SEGUNDA TURMA**, DJe de 27/2/2020; AgInt no REsp 1.749.342/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, **TERCEIRA TURMA**, DJe de 27/4/2020; AgInt no AREsp 1.630.885/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, **TERCEIRA TURMA**, DJe de 13/05/2020; AgInt no AREsp 1.355.818/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, **QUARTA TURMA**, DJe de 2/4/2020; AgInt no REsp 1.783.853/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, **QUARTA TURMA**, DJe de 27/6/2019.

Não obstante tais precedentes, encontram-se também **diversos julgados proferidos em sentido oposto** pelos órgãos fracionários desta Corte Superior.

Segundo tais julgados, **fica caracterizada a sucumbência da parte exequente**, implicando sua condenação ao pagamento das verbas sucum-

benciais, nas hipóteses em que **apresentar resistência à prescrição de aplicação da prescrição intercorrente**, suscitada pelo executado em sede de exceção de pré-executividade, impugnação ou embargos à execução. Nos termos dos acórdãos que aplicam essa orientação, o princípio que regerá tais situações será o da **sucumbência, e não o da causalidade**.

A propósito:

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RESISTÊNCIA DO FISCO À EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. CONSTATAÇÃO DE OMISÃO. ART. 1.022 DO CPC. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I -**Na origem, trata-se de exceção de pré-executividade acolhida para reconhecer a prescrição e afastar a condenação em honorários.** No Tribunal a quo, a decisão foi mantida. No STJ, ao recurso especial, negou-lhe provimento. II -**O fato apresentado pelo embargante, qual seja, a suposta resistência da Fazenda Pública em não reconhecer a prescrição intercorrente, modifica a aplicação dos precedentes no sentido de que não é cabível a condenação da Fazenda Pública em honorários, nos casos de reconheci-***

mento de prescrição intercorrente (Aglnt no AgInt no AREsp n. 1.958.399/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 24/6/2022;

EDcl no AgInt no AREsp n. 1.812.894/PR, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021.)

III -Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial e determinar a fixação de honorários de sucumbência pelo Tribunal de origem.

(EDcl no AgInt no REsp 1.937.012/CE, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, **SEGUNDA TURMA**, DJe de 27/10/2022)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS IMPUGNADOS. RECONSIDERAÇÃO. ACORDO NA ORIGEM. TRANSAÇÃO SOBRE HONORÁRIOS DE TITULARIDADE DO ADVOGADO DA PARTE EXECUTADA. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR TEMPO SUPERIOR AO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL. OCORRÊNCIA. IAC N. 1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. RESISTÊNCIA À PRETENSÃO DE EXTINÇÃO. SUCUMBÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE. PRECE-

DENTES. AGRAVO INTERNO PROVIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(...)

2. Conforme entendimento da Segunda Seção do STJ, consolidado no IAC 1, “incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002”. E, ainda, “o termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980)”.

3. **Embora, em regra, na extinção da execução pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, a causalidade imponha ao executado arcar com as despesas e os honorários advocatícios sucumbenciais, na hipótese de resistência à pretensão, a efetiva sucumbência da parte exequente implicará sua condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais. Precedentes.** Caso concreto de manutenção da condenação da parte executada ao pagamento de honorários advocatícios, em decorrência da non reformatio in pejus.

4. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em nova análise, conhe-

cer do agravo do art. 1.042 do CPC/2015 para negar provimento ao recurso especial.

(AgInt no AREsp 2.023.731/PR, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, **QUARTA TURMA**, DJe de 1º/7/2022)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RESISTÊNCIA DO FISCO À EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. CONSTATAÇÃO DE OMISSÃO. ART. 1.022 DO CPC. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...)

2. No caso, está evidenciada a existência de omissão no acórdão embargado, no ponto em que não examinou as reiteradas alegações da parte recorrente sobre uma importante peculiaridade do caso concreto, qual seja, a resistência do Fisco à extinção da execução fiscal.

3. Merece acolhida a alegação da embargante de que, se o Fisco manifesta resistência à extinção da execução fiscal, como ocorreu na situação sob análise, é ele quem deve pagar as verbas de sucumbência, invertendo-se a causalidade. Precedentes.

4. Sano a omissão apontada para integrar o acórdão embargado, entendendo que: 1) fico comprovada a resistência da Fazenda Pública à

extinção da execução fiscal, como se vê na apelação interposta às e-STJ, fls. 147-152, em cujo tópico 1.2.1. se advoga a ausência da prescrição; 2) o entendimento da Segunda Turma, a exemplo do decidido no REsp nº 1.814.147/SP (Relator: Ministro Herman Benjamin, DJe de 18/10/2019) é de que, em regra, deve ser a parte executada condenada nos honorários advocatícios nos casos de reconhecimento da prescrição intercorrente, por aplicação do princípio da causalidade; contudo, tal entendimento é limitado apenas aos casos em que a Fazenda Pública reconhece, sem resistência, que está diante de causa extintiva da obrigação. Nesse último caso, o Fisco é responsável pelos honorários, em virtude do princípio da sucumbência.

5. Embargos de declaração providos, com efeitos infringentes. Em consequência, dou provimento ao agravo em recurso especial, para restabelecer a sentença, apenas no que tange à fixação dos honorários advocatícios.

(EDcl no AgInt no AREsp 1.812.894/PR, Relator Ministro OG FERNANDES, **SEGUNDA TURMA**, DJe de 13/12/2021)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RESISTÊNCIA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

(...)

2. O reconhecimento da prescrição intercorrente não permite a condenação da parte exequente em honorários advocatícios com base no princípio da causalidade, de modo que se ela não resistir ao pedido de extinção do feito fundado nesse motivo estará desonerada desse ônus; ao revés, havendo oposição do credor, a verba honorária será devida, com respaldo no princípio da sucumbência. Precedentes.

3. Hipótese em que a Fazenda Pública impugnou os embargos à execução fiscal, defendendo a inoccorrência da prescrição e a continuidade da execução fiscal.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.867.881/RS, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, **PRIMEIRA TURMA**, DJe de 20/8/2021)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS HERDEIROS PARA REGULARIZAÇÃO PROCESSUAL. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE.

1. Com relação ao cabimento dos honorários na demanda executória, seja qual for a classe do título exibido pelo credor, ou do procedimento de execução, este decorre do fato de que ela se baseia no descumprimento imputável de uma obrigação.

2. A Quarta Turma do STJ já reconheceu que “a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente” (REsp 1.769.201/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 20/03/2019), **assim como na desistência da execução pelo credor, em razão da inexistência de bens penhoráveis** (Resp n. 1.675.741/PR, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão).

3. Em razão dos ditames da causalidade, o fato de o exequente não localizar o devedor (ou seus herdeiros) para quitar o débito não pode ensejar a condenação do credor em honorários advocatícios com a extinção do feito pela prescrição intercorrente. Isto porque a prescrição foi motivada por causa superveniente não imputável ao credor, já que o devedor “desapareceu” após deixar de cumprir com a sua obrigação. A inércia do exequente, portanto, ocorreu em razão da conduta do executado.

4. Na hipótese, um dos executados, foi devidamente citado e “declinou não possuir bens passíveis de penhora”, tendo o oficial de justiça certificado, em relação ao outro, o seu falecimento. No entanto, o exequente acabou não conseguindo encontrar, após diversos pedidos de diligências e

sobrestamento do feito para a sua localização, os herdeiros do falecido para regularização do polo passivo, tendo o magistrado extinto o feito em razão da prescrição intercorrente.

5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.783.853/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, **QUARTA TURMA**, julgado em 25/06/2019, DJe de 27/06/2019)

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL EM RAZÃO DO ACOLHIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESISTÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. CONDENÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA.

1. O Tribunal de origem isentou a Fazenda Nacional dos honorários advocatícios ao argumento de que o princípio da causalidade deve preponderar, na medida em que o ajuizamento da Execução Fiscal se revelou necessário, e que houve penhora de dinheiro pelo Bacenjud, convertido em renda da União (mas insuficiente para a quitação integral do crédito tributário). **Conclui não poder o ente fazendário ser responsabilizado pela posterior ausência de localização de bens, que resultou na extinção do feito em razão da prescrição intercorrente.**

2. De acordo com as premissas fáticas delineadas no acórdão hostilizado, **entretanto, o processo ficou parado e só foi retomado por-**

que a parte devedora protocolou petição de Exceção de Pré-Executividade, na qual veiculou a tese da prescrição intercorrente, a qual foi objeto de resposta da Fazenda Nacional, impugnando o conteúdo da objeção processual.

3. **No contexto acima, havendo resistência da parte credora, os honorários advocatícios são devidos em função do princípio da sucumbência.**

4. Recurso Especial provido. (REsp 1.814.147/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, **SEGUNDA TURMA**, DJe de 18/10/2019)

Da análise de tais acórdãos, pode-se inferir, *a contrario sensu*, que a ausência de resistência do exequente ao reconhecimento da prescrição intercorrente, no processo executivo, é pressuposto para aplicação do precedente firmado nesta Corte Superior de que o executado responderá pelo pagamento de custas e honorários advocatícios, em caso de extinção da execução, pelo reconhecimento de prescrição intercorrente, segundo o princípio da causalidade.

Ademais, como visto, tal resistência do exequente pode advir de objeção à exceção de pré-executividade, de impugnação de embargos do devedor ou de outras formas de oposição do credor ao pedido do executado de reconheci-

mento da prescrição intercorrente, bem como de recurso de apelação interposto pelo exequente contra a decisão que extingue a execução nessa situação. **Uma vez ocorrida a resistência ao reconhecimento da prescrição intercorrente, deverá o exequente arcar com os ônus da sucumbência.**

Este Relator, em situação similar, pronunciou-se no mesmo sentido dos precedentes acima, conforme transcrito alhures, consignando, no julgamento do AgInt no AREsp 2.023.731/PR, no âmbito da colenda Quarta Turma, que, *"embora, em regra, na extinção da execução pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, a causalidade imponha ao executado arcar com as despesas e os honorários advocatícios sucumbenciais, na hipótese de resistência à pretensão, a efetiva sucumbência da parte exequente implicará sua condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais"*.

Contudo, examinando de forma mais aprofundada a matéria nos presentes embargos de divergência, adota-se a compreensão seguida no v. acórdão paradigmático.

Com a devida vênia de entendimentos contrários, considera-se que deve mesmo prevalecer, em qualquer das hipóteses acima mencionadas, a orientação pretoriana que faz

prevalecer o princípio da causalidade em caso de extinção da execução pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, notadamente quando reconhecida em razão da não localização do devedor ou de bens do executado.

De fato, **a resistência do exequente ao reconhecimento da prescrição intercorrente**, decretada diante do decurso de prazo ocorrido após tentativas infrutíferas de localização do devedor ou de bens penhoráveis, **não infirma a existência das premissas que autorizavam o ajuizamento da execução**, apoiadas na presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo e no inadimplemento do devedor. Desse modo, **mesmo na hipótese de resistência do exequente** - por meio de impugnação da exceção de pré-executividade ou dos embargos do executado, ou de interposição de recurso contra a decisão que decreta a referida prescrição -, **é indevido atribuir-se ao credor, além da frustração na pretensão de resgate dos créditos executados, também os ônus sucumbenciais** com fundamento no **princípio da sucumbência**, sob pena de indevidamente beneficiar duplamente a parte que não cumpriu oportunamente com a sua obrigação, nem cumprirá.

Além disso, é direito da parte exequente defender-se das alegações suscitadas pela parte contrária, no caso o executado, **em exceção de pré-executividade**, em embargos do devedor ou em outro petitório, assim como é seu direito **recorrer das decisões** que não lhe são favoráveis, tal como a que decreta a prescrição intercorrente a impedir o prosseguimento do feito executivo. Veja-se que há casos em que a oposição do exequente é fundada e deve ser levada em consideração pelo julgador.

Portanto, **a resistência, por si só, ao pedido formulado pelo executado de reconhecimento da prescrição intercorrente ou a irresignação, por meio da interposição de recurso, contra a decisão que a decreta não tem o condão de afastar o princípio da causalidade na aplicação dos ônus sucumbenciais e abrir espaço para incidência apenas do princípio da sucumbência.**

O que deve ser analisado, para fins de fixação da sucumbência, em caso de extinção da execução pela **prescrição intercorrente**, não é a atitude do exequente diante da alegação de prescrição ou da decisão que a decreta -se resiste ou não-, mas sim a antecedente atitude do executado, que: em primeiro lugar, em razão de seu

cessidade de se buscar o cumprimento do título executivo em sede judicial; e, em segundo lugar, não possibilitou a realização do crédito no âmbito do processo executivo, impedindo sua localização, ou de bens para penhora.

Assim, **em homenagem aos princípios da boa-fé processual e da cooperação, quando a prescrição intercorrente ensejar a extinção da pretensão executiva, em razão das tentativas infrutíferas de localização do devedor ou de bens penhoráveis, será incabível a fixação de honorários advocatícios em favor do executado, sob pena de se beneficiar duplamente o devedor pela sua recalci-trância. Deverá, mesmo na hipótese de resistência do credor, ser aplicado o princípio da causalidade, no arbitramento dos ônus sucumbenciais.**

Destarte, **a causa determinante para a fixação dos ônus sucumbenciais, em caso de extinção da execução pela prescrição intercorrente, não é a existência, ou não, de resistência do exequente à aplicação da referida prescrição. É, sobretudo, o inadimplemento do devedor, gerando sua responsabilidade pela instauração do feito executório e, na sequência, pela sua própria extinção, diante da não lo-**

calização do executado ou de seus bens.

Traz-se a lume o voto elucidativo da eminente **MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**, que, na eg. **Quarta Turma, na apreciação do REsp 1.769.201/SP**, trouxe reflexões valiosas acerca da fixação dos ônus sucumbenciais, **quando a execução for extinta pela prescrição intercorrente**, *in verbis*:

A alteração de jurisprudência à qual se referiu a sentença foi consolidada no julgamento do Incidente de Assunção de Competência, no REsp. 1.604.412-SC, julgado pela 2ª Seção, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, assim ementado:

(...)

*A consumação da prescrição intercorrente, segundo o entendimento hoje estabelecido na 2ª Seção, não mais depende da inércia do devedor em dar andamento à execução processo, após para tanto intimado. **A prescrição intercorrente decorre de fato objetivo, o mero decurso do tempo sem a localização de bens penhoráveis.***

O sistema jurídico tem como escopo a harmonia, a segurança e a paz social. A submissão a suas regras e o dever de cumprimento das obrigações que delas se extrai é pressuposto da higidez do sistema. Na impossibilidade de exercício arbitrário das próprias razões, o recurso ao Poder Judiciário é a via adequada para obter o adimplemento de obri-

gações não cumpridas espontaneamente.

O credor de título executivo -judicial ou extrajudicial -tem o direito de receber do devedor, no prazo avençado, a obrigação expressa no título. O não adimplemento da obrigação líquida e certa é conduta antijurídica, e dá causa ao ajuizamento de medida executória.

O credor que promove a execução teve seu patrimônio desfalcado e promove a execução devido à falta de cumprimento da obrigação pelo devedor. Se não logra localizar bens penhoráveis durante o prazo de prescrição aplicável à relação jurídica, a consequência inevitável será a prescrição, a perpetuação do desfalque patrimonial, em prol de valor maior, a paz social. Não se pode, todavia, ao meu sentir, considerar que foi o credor insatisfeito o causador do ajuizamento da execução, penalizando-o não apenas com a perda irremediável de seu patrimônio, mas também com o pagamento de honorários ao advogado do devedor.

Nos casos de execução extinta pela prescrição intercorrente, o princípio da causalidade incide, portanto, em desfavor do executado, eis que ele dá causa ao pedido executório ao não efetuar o pagamento ou não cumprir a obrigação de forma espontânea.

Tal entendimento tem por base a jurisprudência desta

Corte, segundo a qual a responsabilidade pelo pagamento de honorários e custas deve ser fixada com base no **princípio da causalidade**, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes. Confirmam-se os seguintes exemplos: (...)

Esse princípio inspirou o entendimento compendiado no enunciado 303 da Súmula deste Tribunal: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.”

Com efeito, o fato de o exequente não localizar bens do devedor não pode significar mais uma penalidade em desfavor daquele que, embora tenha decisão meritória favorável, não vem a obter êxito prático com o processo.

Do contrário, o devedor que não apresentou bens suficientes ao cumprimento da obrigação ainda sairia vitorioso na lide, fazendo jus à verba honorária em prol de sua defesa, o que se revelaria teratológico, absurdo, aberrante.

Não fosse o suficiente, tem-se que o sistema processual civil consagra os princípios da efetividade (art. 4º), da boa-fé processual (art. 5º) e da cooperação (art. 6º), tudo no intento de que a prestação jurisdicional seja não somente rápida e correta, mas também eficaz, efetiva.

A parte move a execução no intento de que haja a satis-

fação da obrigação e de que a seu título seja dada eficácia.

Se não houve satisfação por impossibilidade material, por ausência de cooperação por parte do devedor, não há de se fazer com que o exequente arque com os ônus, eis que não deu causa ao processo.

Deve-se acrescentar, por fim, que a alegação da parte recorrente quanto à suposta inércia do exequente na movimentação do processo não foi referendada pelos julgados na origem, sendo tema circunscrito à análise de matéria fática da lide, inviável de apreciação nesta sede, nos termos do verbete nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, seja pela ausência de causalidade, seja pela ausência de amparo do sistema processual ou mesmo pela ausência de sucumbência do exequente, não há de se dar guarida ao recurso, devendo ser mantidos os provimentos jurisdicionais ordinários nos seus corretos termos.

(REsp 1.769.201/SP, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, **QUARTA TURMA**, julgado em 12/3/2019, DJe de 20/3/2019)

Os fundamentos acima trazidos são salutares e esclarecedores o suficiente para sustentar a tese de que a extinção do processo de execução pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, em virtude da ausência de localização do de-

vedor ou de bens, não autoriza a fixação de honorários advocatícios em favor do executado. Hipótese em que o **princípio da causalidade** deve ser aplicado em benefício do **credor já prejudicado pela extinção da execução** e pelo não cumprimento da obrigação, **evitando-se ainda dupla e excessiva vantagem para o devedor já liberado das aflições da execução que fica frustrada**. Trata-se, portanto, de **solução mais equilibrada e condizente com o ordenamento jurídico**.

Na lição de **YUSSEF SAID CAHALI**, o **princípio da sucumbência está contido no da causalidade**, de maior abrangência, de maneira que, na fixação dos ônus sucumbenciais, sempre será este princípio que, em última análise, norteará o julgador, seja sob o manto da própria sucumbência, seja de outros critérios:

***Chiovenda** fixara conclusivamente como principal característica do princípio moderno de condenação nas despesas processuais exatamente o ser esta condicionada alla soccombenza pura e semplice, e não à intenção ou ao comportamento do sucumbente (má-fé ou culpa).*

*Empenhado em atender rigorosamente à exigência natural de seu pensamento, pretendeu **Chiovenda** ter encontrado o princípio capaz de abranger em todos os seus as-*

pectos o fundamento da responsabilidade pelos encargos do processo.

*Construindo o sistema da sucumbência, o seu caráter estritamente objetivo e a sua natureza processual assegurariam a melhor garantia de generalidade e de abstração. **Todavia, ele próprio acabou encontrando pela frente graves dificuldades, que não puderam ser superadas através de um critério unitário. Daí ter a sua colocação primeira se degenerado em uma série de fragmentações casuísticas, na solução das quais o princípio da sucumbência mostra-se absolutamente inidôneo e de todo insuficiente.***

*Igualmente, diante de outras situações insuperáveis em termos de sucumbência, buscou-se válida solução para os casos através do critério da inevitabilidade da lide. Assim, o reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, nesse caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a condenação nas despesas. **O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo simples fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do***

vencedor. O que é necessário, em todo caso, é que a lide 'fosse evitável' da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem qualquer consideração à culpa). E esta inevitabilidade poderá consistir seja no abster-se do ato a que a lide é dirigida, seja no adaptar-se efetivamente à demanda, seja em não ingressar na demanda mesma. Sob esse aspecto, vemos que a lide é sempre evitável para o autor, não se podendo dizer o mesmo em relação ao réu. Daí não dizer-se sucumbente o adversário, em todos os casos em que o outro, para obter a declaração de seu direito, tenha a necessidade de obter a sentença do juiz.

(...)

O princípio da causalidade, demonstra Pajardi, oferece a vantagem de um sistema racional, e, assim, de emprego mais seguro, com a vantagem de não encontrar exceção ou limite, e, ao mesmo tempo, de não se prestar a contradições e equívocos.

Deve-se ter presente, contudo, que a idéia da causalidade não se dissocia necessariamente da idéia de sucumbência. Quando se responde à indagação singela a respeito de qual das partes terá dado causa ao processo, o bom-senso sugere, imediatamente, a resposta: a parte que estava errada (la parte che ha torto); "ciò vuol dire nel processo di cognizione, il soccombente; e nel processo di esecuzione, il debitore, contro il quale sta la prova costituita del titolo esecutivo".

O que se explica pelo próprio Carnelutti: o pressuposto da obrigação de reembolso das despesas consiste em que tenha dado causa às mesmas uma pessoa diversa daquela que as antecipou. Em outras palavras, la spesa è definitivamente supportata da chi la ha cagionato", o que quer dizer que a responsabilidade da parte pelas despesas é uma responsabilidade objetiva, estando seu fundamento na "relazione causale tra il danno e la attività di un uomo".

Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios, entre os quais o primeiro é a sucumbência. Não há, por isso, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e o princípio da sucumbência, como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo; se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo foi causado por ele. Mas **o princípio da causalidade é mais amplo que o da sucumbência, no sentido de que esta é apenas um dos indícios da causalidade; outros indícios seriam a contumácia, a renúncia ao processo, e, conforme o caso, a nulidade do ato a que a despesa se refere.**

Também Pajardi ressalta que entre a sucumbência e a causalidade não existe contraste, mas harmonia; trata-se de dois conceitos, do qual o primeiro é o conteúdo, o segundo o continente. O círculo do princípio da causalida-

de tem em seu interior vários círculos reveladores da existência do princípio; o mais importante é constituído pelo subcírculo, por assim dizer, da sucumbência. A sucumbência será, sob um plano conceitual e estatístico, ao mesmo tempo, o elemento normalmente revelador mais expressivo da causalidade, pois, normalmente, aquele que sucumbe é exatamente o sujeito que havia provocado o processo, fazendo surgir a necessidade da utilização do instrumento do processo, para que o titular do direito obtivesse coativamente aquilo que espontaneamente não havia obtido. E, em ordem de disposição, este elemento estatístico constitui a base da construção tradicional do princípio da sucumbência. (CAHALI, Youseff Said. **Honorários advocatícios**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 38/44)

Diante dessa ilustrada doutrina, é possível entender que o princípio da causalidade sempre estará à frente a nortear o julgador na fixação dos ônus sucumbenciais, podendo, em alguns casos, deixar evidenciado que a parte sucumbente é a que deu causa à instauração do processo judicial, levando, assim, à aplicação do princípio da sucumbência.

Portanto, **antes de se impor os ônus sucumbenciais dire-**

tamente ao sucumbente, deve-se atentar à causalidade, que é mais ampla, e, assim, verificar se a sucumbência é, ou não, a causa determinante, ou seja, se a figura do sucumbente coincide com a figura daquele que deu causa à instauração do processo. Se *sim*, aí deve-se aplicar o princípio da sucumbência, como um dos corolários da causalidade. Se *não*, deve-se buscar no princípio maior da causalidade a resposta para fixação dos ônus sucumbenciais.

Destarte, se trouxermos essa mesma lógica jurídica para a questão ora controvertida, ter-se-á como conclusão o seguinte: pelo princípio da causalidade, que é mais amplo do que o da sucumbência, quem deu causa à execução foi o executado inadimplente e quem deu causa à extinção do processo executivo foi o mesmo executado, ao não viabilizar sua localização ou de seus bens para penhora. Desse modo, a causa determinante para fins de arbitramento das custas e dos honorários advocatícios, ao final, não está imediatamente associada à efetiva sucumbência do exequente, que teve sua execução extinta pela prescrição intercorrente, mas à atuação do executado, o qual forçou a necessidade de instauração do processo judicial e, após, impediu ou inviabilizou sua efetivação. Assim, a causa

determinante, prevalente não é a sucumbência; a causa determinante é a responsabilidade do devedor recalitrante. Daí que o princípio da causalidade encontra ampla aplicação.

Na hipótese em apreço, ficou consignado o seguinte no aresto ora embargado, proferido pela colenda **Primeira Turma** do STJ, *in verbis*:

Consoante assentado na decisão agravada, o recurso especial origina-se de execução fiscal extinta em razão do acolhimento de exceção de pré-executividade para decretar a prescrição intercorrente ante a paralisação do feito executivo, em que houve fixação de honorários em desfavor da Fazenda Pública, no patamar de 10% sobre o proveito econômico.

O Tribunal paranaense, analisando a apelação da edilidade, deu-lhe parcial provimento para manter o reconhecimento da prescrição intercorrente, mas afastar a verba honorária, ao fundamento de que “o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1769201/SP, fixou tese que verificada a prescrição do título executivo, diante da ausência de localização de bens, se mostra incabível a fixação de honorários em favor do executado, em homenagem aos princípios da boa-fé processual e da cooperação, sob pena de beneficiação do executado

pelo inadimplemento” (e-STJ fl. 753).

Pois bem.

O recurso especial, interposto pelo contribuinte foi provido ante a demonstração de violação do art. 85 do CPC/2015 decorrente do afastamento, pela Corte local, da condenação do Estado do Paraná ao pagamento da verba honorária.

Isso porque, uma vez apresentada resistência à pretensão do executado, afirmando que não haveria prescrição no caso concreto e que o feito executivo deveria prosseguir, resulta imperiosa a fixação dos honorários de advogado, na esteira do entendimento desta Corte Superior.

Como afirmado na decisão agravada, o reconhecimento da prescrição intercorrente não permite a condenação da Fazenda Pública exequente em honorários advocatícios com base no princípio da causalidade, de modo que, se ela não resistir ao pedido de extinção do feito fundado nesse motivo, estará desonerada dos ônus sucumbenciais.

Todavia, no presente caso, emerge dos autos que a Fazenda Pública impugnou a exceção de pré-executividade, defendendo a inocorrência da prescrição e a continuidade da execução fiscal.

Diante da clara resistência apresentada, aplica-se o princípio da sucumbência, cabendo ao ente público, na condição de vencido,

ressarcir as custas adiantadas e pagar os honorários advocatícios.

(...)

Irrepreensível, portanto, o julgado ora combatido.

Cumpra destacar, por oportuno, que, como visto, a condenação da exequente se dá pela existência de oposição ao reconhecimento da prescrição intercorrente, sendo desinfluyente para essa finalidade se, como defendido pelo ora agravante, o acolhimento da prejudicial de mérito baseia-se na não localização de bens do executado.

Por sua vez, o colendo **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná** já havia explicitado anteriormente, *in litteris*:

Insurge-se o apelante, ainda, acerca da possibilidade de arbitramento de honorários, tendo em vista o reconhecimento da prescrição intercorrente. Tenho que razão lhe assiste quanto a esse ponto.

Explico. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1769201/SP, fixou tese que verificada a prescrição do título executivo, diante da ausência de localização de bens, se mostra incabível a fixação de honorários em favor do executado, em homenagem aos princípios da boa-fé processual e da cooperação, sob pena de beneficiação do executado pelo inadimplemento. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRES-

CRICÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SU-CUMBÊNCIA DO EXEQUENTE.

1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação.

2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1769201/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 20/03/2019)

(...)

Desse modo, em razão de entendimento jurisprudencial recente sobre o tema, não há o que se falar na condenação do Estado do Paraná ao pagamento de honorários sucumbenciais. (fls. 746-755)

E acrescentou a aludida Corte de origem, no julgamento dos embargos de declaração (fls. 802-806):

Inferê-se que o acórdão recorrido fundamentou a condenação do executado ao ônus de sucumbência em razão da não localização de bens para satisfação da execução fiscal, e não pela desídia da Fazenda Pública na fluência do prazo prescricional, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 1769201/SP, veja-se:

(...)

Observa-se do decisum que o ônus de sucumbência a cargo do executado decorre do próprio princípio da causalidade, em conjunto com os princípios da boa-fé processual e cooperação, uma vez que a execução fiscal só foi ajuizada diante da inadimplência ao pagamento dos tributos pelo devedor, assim, não pode o executado, ora embargante, se beneficiar da própria torpeza.

Das transcrições *supra*, pode-se inferir que, no presente caso, a execução fiscal foi extinta, em razão da não localização de bens do devedor para a satisfação do crédito, e não pela desídia injustificada da Fazenda Pública a ensejar a fluência do prazo prescricional.

Destarte, no caso em apreço, foi o executado que deu causa à propositura da execução e, após, à sua extinção pela prescrição intercorrente, diante da ausência de localização de bens penhoráveis, de ma-

neira que não parece razoável que, além de não receber o crédito que lhe cabe, seja a parte exequente ainda obrigada a pagar as custas e os honorários advocatícios de sucumbência em favor do executado.

Acrescente-se, por derradeiro, que **não se aplica, no caso em exame, a tese** firmada no **Tema 421** dos recursos especiais repetitivos, segundo a qual “*é possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da execução fiscal pelo acolhimento de exceção de pré-executividade*”. Isso, porque neste tema afirmou-se apenas a **possibilidade** de fixação de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade, quando seu acolhimento acarreta o fim da execução fiscal em debate mais aproximado do mérito acerca da dívida executada (p. ex., anterior pagamento do crédito, compensação, consignação em pagamento, etc). Todavia, se o motivo da extinção for apenas a prescrição intercorrente, em razão da ausência de localização do devedor ou de seus bens para penhora, a incidência será daqueles outros precedentes, mais específicos, que foram acima delineados.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados turmários recentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CAUSALIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DO ADVOGADO. ÔNUS DA PARTE EXECUTADA.

1. **O reconhecimento da ocorrência de prescrição intercorrente não autoriza a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários sucumbenciais do advogado, ainda que oferecida exceção de pré-executividade, pois, nessa hipótese, não foi a Fazenda exequente a responsável pelo ajuizamento da ação executiva nem pela não localização do devedor ou de seus bens. Precedentes.**

2. No caso dos autos, o recurso da Fazenda foi provido porque o acórdão do TRF da 4ª Região decidiu condená-la ao pagamento dos honorários sucumbenciais do advogado em razão de a parte executada ter oferecido exceção de pré-executividade.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.929.415/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2021, DJe de 22/09/2021)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO AGRAVO IN-

TERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

I - Na origem, trata-se de exceção de pré-executividade oposta em ação de execução fiscal, objetivando o reconhecimento de prescrição intercorrente, bem como a condenação do Estado de Goiás em honorários de sucumbência. Na sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente para declarar extinto o crédito tributário, sem a condenação da exequente ao pagamento de honorários. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida e, na sequência, o recurso especial interposto inadmitido. No STJ, em decisão monocrática, conheceu-se do agravo, para negar provimento ao recurso especial. **II - A parte agravante repisa os mesmos argumentos já analisados na decisão recorrida, e apreciados por ocasião do julgamento do agravo em recurso especial, improvido com fundamento no princípio da causalidade, de acordo com o qual é incabível a condenação em honorários, nos casos de extinção da execução pela prescrição intercorrente, reconhecida com base na ausência de localização de bens do executado.**

III - A decisão agravada está consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, nos casos em que ocorre a prescrição intercorrente, não há condenação em honorários da Fazenda Pública.

IV - Nesse sentido, na definição do Tema n. 421 dos re-

cursos especiais repetitivos, avertado pela recorrente, afirmou-se apenas a possibilidade de fixação de honorários em exceção de pré-executividade, quando seu acolhimento acarreta o fim da execução. Entretanto, se o motivo for a prescrição intercorrente, a incidência é de outros precedentes posteriores. (AglInt no REsp n. 1.929.415/SC, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/9/2021, DJe 22/9/2021.) V - **A propósito, confira-se o seguinte julgado recente, que excepciona, inclusive, os casos em que a Fazenda Pública rebate os argumentos da exceção de pré-executividade.**

VI - Com efeito, constata-se das razões recursais apresentadas mero inconformismo e nítido intuito de promover a reapreciação de controvérsia suficientemente examinada, inclusive, nas instâncias ordinárias. VII - Agravo interno improvido.

(AglInt no AREsp 2.013.706/GO, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, **SEGUNDA TURMA**, DJe de 4/5/2022)

Nesse contexto, entende-se configurada a divergência jurisprudencial no presente recurso uniformizador, devendo prevalecer a orientação constante do acórdão paradigma, com a reforma do *decisum* que deu provimento ao recurso especial, de maneira a afastar a condenação da Fazenda estadual ao pa-

gamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor do executado.

Diante do exposto, **dá-se provimento aos embargos de divergência** do ESTADO DO PARANÁ, para negar provimento ao recurso especial de FARMÁCIA REGENTE FEIJÓ LTDA.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos Embargos de Divergência e os acolhendo, para negar provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Aguardam a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Herman Benjamin, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

VOTO-VISTA

Ministra NANCY ANDRIGHI
Cuida-se de embargos de divergência opostos pelo ESTA-

DO DO PARANÁ contra acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ.

Embargos de divergência interpostos em: 16/5/2022.

Ação: de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado do Paraná.

Sentença: extinguiu o processo em razão da prescrição intercorrente alegada em exceção de pré-executividade.

Acórdão: por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. VERIFICADA. TRANSCURSO DE MAIS DE 8 (OITO) ANOS ENTRE A CIÊNCIA DA DILIGÊNCIA INFRUTÍFERA E A SENTENÇA (STJ – Resp 1340553 – JULGADO NOS MOLDES DO ART. 1036 DO CPC). PERÍODO QUE EXCEDE A SUSPENSÃO DO ART. 40 DA LEF SOMADO AO PRAZO QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 106/STJ. DEMORA QUE NÃO PODE SER IMPUTADA EXCLUSIVAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO. DEVER DO EXEQUENTE DE PROMOVER DILIGÊNCIAS PARA A SATISFAÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA PELO EXEQUENTE. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPE-

RIOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Embargos de declaração: opostos, foram rejeitados (fls. 802-806).

Recurso especial: aduz, em síntese, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 85, *caput*, §1º, do Código de Processo Civil.

Prévio juízo de admissibilidade: o TJPR inadmitiu o recurso especial (fls. 909-911).

Decisão monocrática: conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeiro grau quanto à condenação da Fazenda estadual ao pagamento de honorários advocatícios.

Acórdão embargado: negou provimento ao agravo interno, conforme a ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RESISTÊNCIA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. O reconhecimento da prescrição intercorrente não permite a condenação da parte exequente em honorários advocatícios com base no princípio da causalidade, de modo que, se ela não resistir ao pedido de extinção do feito fundado nesse motivo, estará desonerada desse ônus; ao revés, havendo oposição do credor, a verba honorária será devida, com respaldo no princípio da sucumbência. Precedentes.

2. Hipótese em que a Fazenda Pública impugnou a exceção de pré-executividade, defendendo a inocorrência da prescrição e a continuidade da execução fiscal.
3. Agravo interno não provido. (fl. 993)

Embargos de divergência: aduz divergência entre o acórdão embargado e precedente paradigma da Terceira Turma (AgInt nos EDcl no REsp 1.813.803/SP), sustentando, em síntese, que a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens penhoráveis do devedor não autoriza a fixação de honorários advocatícios em favor do inadimplente, que deu causa ao ajuizamento da ação, mesmo que haja oposição do credor.

Voto do Min. Raul Araújo (Relator): votou no sentido de dar provimento aos embargos de divergência para afastar a condenação da parte exequente ao pagamento de honorários advocatícios, ao fundamento de que: a) a resistência do exequente ao reconhecimento da prescrição intercorrente não infirma a existência das premissas que autorizavam o ajuizamento da execução, relacionadas com a certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo; b) é indevido atribuir ao credor, além da frustração na execução, os ônus sucumbenciais, sob pena de, indevidamente, beneficiar duplamente a parte executada, que não cumpriu

oportunamente com a sua obrigação; c) é direito da parte exequente defender-se das alegações suscitadas pela parte contrária em exceção de pré-executividade, em embargos ou em outro petitório; d) a causa determinante para a fixação dos ônus sucumbenciais, na hipótese de extinção da execução pela prescrição intercorrente não é a resistência ou não do exequente, mas sim o inadimplemento do devedor, que conduz à sua responsabilização pela instauração do feito executivo; e) pelo princípio da causalidade, que é mais amplo do que o da sucumbência, quem deu causa à execução foi o executado inadimplente e quem deu causa à extinção do processo executivo foi o mesmo executado, ao não viabilizar sua localização ou de seus bens para penhora; e f) a causa determinante para fins de arbitramento de custas e dos honorários não está imediatamente associada à efetiva sucumbência do exequente, que teve sua execução extinta pela prescrição intercorrente, mas à atuação do executado, que forçou a necessidade de instauração do processo judicial e, pós, impediu ou inviabilizou a sua efetivação.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

É o relatório.

O propósito recursal consiste em dizer se é devida a con-

denação da parte exequente ao pagamento de honorários advocatícios na hipótese de decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização do devedor ou de bens penhoráveis.

1. DA ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

1. A parte embargante traz à colação acórdão paradigma da Terceira Turma proferido no julgamento do AgInt nos EDcl no REsp 1.813.803/SP, de minha relatoria, para comprovar a divergência jurisprudencial interna nesta Corte Superior.

2. Na linha do que já apontado pelo e. Relator, analisando os acórdãos apontados como divergentes, verifica-se que há identidade nas bases fática e jurídica controvertidas.

3. Com efeito, tanto no acórdão embargado quanto no acórdão paradigma, se está diante de situação em que, no âmbito da execução, após a apresentação de exceção de pré-executividade, reconheceu-se a consumação da prescrição intercorrente.

4. Ademais, em ambos os acórdãos, discutiu-se se, nessa específica situação, era devida a condenação da parte exequente ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte devedora.

5. Enquanto no acórdão embargado a Primeira Turma

entendeu cabível a fixação dos honorários em razão da resistência apresentada pela exequente à extinção do processo, no acórdão paradigma, a Terceira Turma perfilhou o entendimento de que os honorários não seriam devidos, pois “a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente”.

6. Desse modo, acompanho o e. Relator no sentido de considerar demonstrada a divergência entre as Turmas que compõe a Primeira e a Segunda Seções, devendo a controvérsia ser apreciada pela Corte Especial do STJ.

2. DA NÃO INCIDÊNCIA DA NOVA REDAÇÃO DO § 5º DO ART. 921 DO CPC/2015

7. Importa destacar, ainda, que, na espécie, a sentença que extinguiu o processo é anterior à Lei n. 14.195/2021 - que deu nova redação ao §5º do art. 921 do CPC/2015, estabelecendo que o reconhecimento da prescrição intercorrente não acarretará ônus para as partes -, motivo pelo qual o novo dispositivo legal não incide na hipótese dos autos (Cf. REsp n. 2.060.319/DF, Terceira Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 11/5/2023).

8. Assim, o deslinde da presente controvérsia é relevante

tão somente para as hipóteses não abrangidas pelo novo dispositivo legal.

3. DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E DA RESPONSABILIDADE PELOS ENCARGOS DA SUCUMBÊNCIA

9. No âmbito do direito positivo, o art. 921, §5º, do CPC/15, na redação anterior à Lei n. 14.195/2021, dispunha que “o juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o §4º e extinguir o processo”.

10. Sobre o referido dispositivo legal, não se olvida a existência de precedentes no sentido de que, nas hipóteses em que a parte exequente se opõe à decretação da prescrição intercorrente pleiteada pela parte executada, deveria haver a sua condenação ao pagamento de verbas sucumbenciais.

11. No entanto, do atento exame da jurisprudência desta Corte Superior, é possível concluir que o entendimento francamente majoritário é aquele segundo o qual a decretação da prescrição intercorrente em razão da ausência de localização de bens penhoráveis não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, já que este deu causa ao ajuizamento da execução ao deixar de satisfazer dívida líquida

e certa, não atraindo, portanto, os ônus sucumbenciais à parte exequente. Trata-se da aplicação do princípio da causalidade.

12. De fato, a Primeira Turma possui diversos precedentes recentes nesse sentido. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE EM DESFAVOR DO DEVEDOR. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO NEGADO.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a decretação da prescrição intercorrente não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente.

[...]

3. A gravo interno a que se nega provimento. Recurso especial não conhecido por outros fundamentos.

(AgInt no AREsp n. 1.959.146/PR, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 5/6/2023, DJe de 22/6/2023.) [g.n.]

13. No mesmo sentido: AgInt no REsp n. 1.947.854/SP, Primeira Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 29/5/2023; AgInt no REsp n. 2.043.671/SE, Primeira Turma, julgado em 2/5/

2023, DJe de 4/5/2023; AgInt no AREsp n. 2.191.504/RJ, Primeira Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023.

14. Não destoa a jurisprudência da Segunda Turma. Menciona-se, por oportuno, precedente da relatoria do e. Min. Mauro Campbell Marques:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE. RECURSO COM CARÁTER PROTETÓRIO. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. “Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente” (REsp 1769201/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/03/2019, DJe 20/03/2019).

2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de

recurso especial (Súmula 7/STJ).
3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 2.044.040/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.) [g.n.]

15. Cita-se, ainda, exemplificativamente: AgInt no REsp n. 2.047.741/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023; AgInt no REsp n. 2.014.624/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; AgInt no AREsp n. 2.158.129/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.

16. No âmbito da Segunda Seção, outrossim, são inúmeros os julgados da Terceira Turma aplicando a referida tese. Apon-ta-se, a propósito, recente precedente de relatoria do e. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SÚMULA Nº 283/STJ. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. [...]

4. A Segunda Seção do STJ consolidou o entendimento de que, quanto ao princípio da causalidade, não se justifica a imposição de sucumbência ao exequente que frustrado em direito de crédito, em razão da prescrição intercorrente. Isso porque quem deu causa ao ajuizamento da execução foi o devedor que não cumpriu a obrigação de satisfazer a dívida líquida e certa.

5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 2.124.246/PR, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/6/2023, DJe de 12/6/2023.)

17. No mesmo sentido, são os seguintes precedentes, todos julgados em data recente: AgInt no AgInt no AREsp n. 2.159.674/SP, Terceira Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023; AgInt no AREsp n. 2.211.554/PR, Terceira Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 28/6/2023; AgInt no AREsp n. 2.304.489/SC, Terceira Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 31/5/2023; AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.180.877/MG, Terceira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023.

18. A Quarta Turma assentou idêntica interpretação, podendo-se indicar, a título exemplificativo, o seguinte julgado de relatoria do e. Min. Maria Isabel Gallotti, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRES-

CRICÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE.

1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação.

2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.769.201/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/3/2019, DJe de 20/3/2019.) [g.n.]

19. Menciona-se, ainda: AgInt no AREsp n. 1.794.319/SP, Quarta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 23/6/2023; AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 2.109.395/SP, Quarta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 29/5/2023; AgInt no AREsp n. 1.914.368/MS, Quarta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 22/9/2023.

20. Também a Segunda Seção manifestou-se no sentido de que, na hipótese de decretação da prescrição intercorrente, não seria razoável impu-

tar os ônus sucumbenciais ao exequente. Veja:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMA PARA PIOR.

1. Cuida-se de agravo interno por meio do qual o executado, em razão da decretação da prescrição intercorrente, postula a fixação de honorários advocatícios com base no “provento econômico obtido”, isto é, o montante que deveria adimplir se a execução chegasse ao seu termo natural.

2. Consoante a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem esta 2ª Seção, a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização de bens penhoráveis não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente. Precedentes. [...]

4. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl nos EAREsp n. 957.460/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 18/2/2020, DJe de 20/2/2020.) [g.n.]

21. Isso não bastasse, é possível localizar, ainda, precedente da Corte Especial perfilhando idêntico entendimento, de relatoria do e. Min. Og Fernandes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. SÚMULA N. 168/STJ.

1. Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado, consoante a Súmula n. 168/STJ.

2. A Corte Especial, ao julgar AgInt nos EAREsp n. 1.667.204/SP, confirmou o entendimento segundo o qual, em caso de extinção da execução e em virtude do reconhecimento da prescrição intercorrente, é o princípio da causalidade que deve nortear o julgador no tocante ao pagamento de honorários advocatícios.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EAREsp n. 1.795.253/SC, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 25/4/2023, DJe de 2/5/2023.) [g.n.]

22. No mesmo sentido: AgInt nos EAREsp n. 1.667.204/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 8/2/2022, DJe de 16/2/2022.

23. Com efeito, rogando as mais respeitadas vênias às posições em contrário, eventual resistência do exequente à decretação da prescrição intercorrente não afasta os pressupostos que justificam a existência da execução, representando, a rigor, legítimo exercício do con-

traditório e da ampla defesa, garantias com assento constitucional.

24. Em outras palavras, a prescrição intercorrente não infirma, ao menos diretamente, a certeza e a liquidez do título executivo, tampouco faz desaparecer do mundo jurídico o inadimplemento do devedor.

25. Nesse contexto, não é razoável - e atentaria contra os princípios da boa-fé processual e da cooperação -, punir duplamente o credor, impondo-lhe o dever de arcar com os ônus sucumbenciais ao mesmo tempo em que vê frustrada a satisfação de seu crédito com a extinção da execução.

26. Por outro lado, tampouco seria lícito premiar duplamente o devedor - que logrou êxito em impedir a sua localização ou a de bens penhoráveis -, que se veria livre da dívida e ainda faria jus ao recebimento, por exemplo, de honorários sucumbenciais.

27. Conforme bem ressaltado pelo e. Relator, "o que deve ser analisado, para fins de fixação da sucumbência, em caso extinção da execução pela prescrição intercorrente, não é a atitude do exequente diante da alegação de prescrição ou da decisão que a decreta - se resiste ou não - mas sim a antecedente atitude do executado, que: em primeiro lugar, em razão de seu inadimplemento,

ensejou a necessidade de se buscar o cumprimento do título executivo em sede judicial; e, em segundo lugar, não possibilitou a realização do crédito no âmbito do processo executivo, impedindo sua localização ou de bens para penhora".

28. Assim, consoante a jurisprudência das Turmas que compõe a Primeira e a Segunda Seções, a decretação da prescrição intercorrente por ausência de localização do executado ou de bens penhoráveis não afasta o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para a parte exequente.

29. Importa mencionar, por fim, que a Lei n. 14.195/2021, que deu nova redação ao §5º do art. 921 do CPC/2015, introduziu na legislação, agora de forma expressa, o referido entendimento já sedimentado, anteriormente, por esta Corte Superior.

30. Desse modo, configurada a divergência jurisprudencial, conclui-se que deve prevalecer a orientação constante do acórdão paradigma, com a reforma do acórdão que deu provimento ao recurso especial, afastando a condenação da parte exequente ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

4. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, voto no sentido de acompanhar o e.

Relator, dando provimento aos embargos de divergência para negar provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prossequindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, a Corte Especial, por unanimidade, conheceu dos embargos de divergência e deu-lhes provimento, para negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Og Fernandes e Luis Felipe Salomão. Aposentada a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Tribunal Superior do Trabalho

Caixa Econômica Federal. Diferenças salariais. Inclusão das parcelas CTVA e Gratificação de Função na base de cálculo do Adicional por Tempo de Serviço.¹

**ACÓRDÃO
(8ª Turma)
GDCEP/fvv**

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE.

INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017.

CEF. DIFERENÇAS SALARIAIS. INCLUSÃO DAS PARCELAS CTVA E GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO (ATS). TRANS-CENDÊNCIA RECONHECIDA.

Tratando-se de questão nova para a qual não se consolidou jurisprudência uniforme nesta Corte Superior, reconhece-se a transcendência jurídica da causa, nos termos do artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT.

CEF. DIFERENÇAS SALARIAIS. INCLUSÃO DAS PARCELAS CTVA E GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO (ATS). NÃO PROVIMENTO.

Não se desconhece que a jurisprudência desta Corte Superior entende que é devida a integração da função gratificada, do CTVA, do porte de unidade e da APPA na

base de cálculo do adicional por tempo de serviço - ATS e vantagem pessoal - VP, em razão da natureza salarial das referidas parcelas, nos termos do artigo 457, § 1º, da CLT.

Ocorre que o regulamento interno da Caixa Econômica Federal – MN RH 115, no “RH 115 060”, estabelece quais os requisitos para a percepção do adicional por tempo de serviço – ATS, prevendo expressamente que a base de cálculo dessa parcela contempla apenas as verbas pagas sob as rubricas “salário-padrão” e “complemento do salário-padrão”.

Nessa trilha, os regulamentos internos empresariais, por disposição do artigo 114 do CC, devem ser interpretados restritivamente, descabendo a instituição de vantagens nesses não previstas.

Dessa forma, ainda que haja outras parcelas de natureza salarial ofertadas por norma interna empresarial, estas não podem ser incluídas na composição do ATS, se a norma interna assim não dispôs.

Na hipótese, depreende-se do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional entendeu, em razão do previsto

¹ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/validador>> sob o código 1005A2048CFCDE4767

na norma interna da Caixa Econômica Federal, que as parcelas CTVA e gratificação de função não integram a base de cálculo do Adicional por Tempo de Serviço (ATS).

Vê-se, pois, que a Corte de origem adotou tese jurídica em estrita observância à norma interna da reclamada.

Recurso de revista de que se conhece por divergência jurisprudencial e a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-11313-57.2022.5.18.0002**, em que é Recorrente **BERNADETE NOLETO SARAIVA** e é Recorrido **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 11422/11433, decidiu dar provimento ao recurso ordinário da reclamada.

Inconformada, a reclamante interpõe recurso de revista, no qual requer a reforma da v. decisão regional.

Por meio da decisão de fls. 11505/11510, o recurso de revista foi admitido.

Não foram apresentadas contrarrazões.

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

RR-11313-57.2022.5.18.0002. DJe 25/03/2024.

VOTO

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. TRANSCENDÊNCIA.

À luz do artigo 246 do Regimento Interno desta colenda Corte Superior, as normas relativas ao exame da transcendência, previstas no artigo 896-A da CLT, com as inovações trazidas pela Lei n° 13.467/2017, serão aplicáveis aos recursos de revista interpostos contra acórdãos publicados a partir de 11.11.2017.

Assim, uma vez que se trata de exame de recurso de revista interposto contra acórdão regional publicado após a entrada em vigor da Lei n° 13.467/2017, deve ser feita a análise da transcendência.

De acordo com o artigo 896-A da CLT, a esta colenda Corte Superior, em sede de recurso de revista, compete examinar previamente a transcendência da causa em relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. Nessa perspectiva, por meio do aludido instrumento recursal extraordinário, apenas serão objeto de exame as ma-

térias controvertidas que ultrapassem a esfera dos interesses subjetivos das partes litigantes.

Não se pode olvidar que os artigos 926 e 927 do CPC, plenamente aplicáveis nesta Justiça Especializada, reconheceram a função nomofilática dos Tribunais Superiores, aos quais compete garantir a unidade do Direito, a partir da uniformização da interpretação dos enunciados normativos aplicáveis às demandas de sua competência.

Desse modo, ao Tribunal Superior do Trabalho é atribuído o encargo de uniformizar a interpretação dos enunciados legais e constitucionais em matéria de sua competência, de modo que os precedentes por ele editados deverão ser aplicados pelos demais julgadores e Tribunais Regionais do Trabalho aos casos semelhantes ou idênticos.

Cumprido destacar, por oportuno, que, a despeito de esta Corte deter competência para examinar questões constitucionais em sede recursal extraordinária, ao Supremo Tribunal Federal cabe proferir a última palavra acerca da matéria, tendo em vista que o Poder Constituinte originário a ele outorgou a função de guarda da Constituição Federal.

No caso do instituto da transcendência, o Tribunal Superior do Trabalho foi autorizado, pelo legislador, a selecionar as matérias relevantes e

de interesse público, conferindo-lhes meios para o exercício de seu mister, deixando evidente que esta não se trata de mera Corte de revisão.

O § 1º do artigo 896-A da CLT estabelece os parâmetros em que é possível reconhecer o interesse público no julgamento da causa e, por conseguinte, a sua transcendência, ao prever os indicadores de ordem econômica, política, jurídica e social.

Com relação ao **critério político**, este estará evidenciado nas hipóteses em que o Tribunal Regional de origem deixar de observar as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes do excelso Supremo Tribunal Federal, os acórdãos proferidos em incidente de recurso repetitivo ou em repercussão geral, bem como os verbetes jurisprudenciais desta colenda Corte Superior ou a sua jurisprudência atual, iterativa e notória.

No que concerne ao **critério social**, para a caracterização deste, a discussão veiculada no feito deve envolver direitos sociais constitucionalmente assegurados nos artigos 6º ao 11 da Constituição Federal.

O **critério jurídico**, por sua vez, estará configurado quando se tratar de questão nova em torno da interpretação da legislação federal ou, a despeito

to de a matéria não ser atual no âmbito desta Corte, ainda não haja pacificação do entendimento a seu respeito.

Por fim, o **critério econômico** demanda que o valor atribuído à causa ou à condenação seja considerado elevado para os fins da lei, suficiente para produzir reflexos gerais.

Na hipótese, tratando-se de questão nova para a qual não se consolidou jurisprudência uniforme nesta Corte Superior, reconhece-se a transcendência jurídica da causa, nos termos do artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT.

1.2.1.1. CEF. DIFERENÇAS SALARIAIS. INCLUSÃO DAS PARCELAS CTVA E GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO (ATS).

A respeito do tema, o egrégio Tribunal Regional assim se manifestou:

“ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. DIFERENÇAS. VANTAGEM PESSOAL DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO BASE DE CÁLCULO

A reclamada insurge-se contra a condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes da integração da CTVA e gratificação de função na base de cálculo do ATS.

Afirma que “a base de cálculo do ATS é composta pelo somatório do salário padrão, este correspondente ao valor de cada nível individualmente

considerado para cada um dos cargos da estrutura organizacional da Caixa, e do complemento do salário padrão, sendo apurado com base no valor da gratificação do CC de maior nível hierárquico exercido na empresa. O cálculo do ATS, conforme visto, não sofre repercussão de outras rubricas, à exceção daquelas expressamente indicadas no normativo interno.”, fls. 12.434.

Argumenta que “O complemento do salário padrão é uma rubrica própria (rubrica 037) e não se confunde com outras parcelas. Não haveria sentido que essas mesmas parcelas tivessem rubricas próprias como é possível verificar nos casos da Função Gratificada Efetiva (rubrica 0275), CTVA (rubrica 0005) e PORTE (rubrica 0279) caso elas efetivamente estivessem incluídas no complemento do salário padrão (rubrica 037). A parcela complemento do salário padrão (rubrica 037) somente foi paga a ex-dirigente empregado nomeado até 19/09/2002. Portanto, a própria definição exclui qualquer outra parcela.”, fls. 12.436.

Requer, assim, a reforma da sentença para que se exclua a condenação ao pagamento de diferenças salariais e reflexos. Análise.

Essa mesma matéria já foi analisada e julgada anteriormente por esta Relatora, nos autos do ROT-0010709-48.2022.5.18.0018, ajuizado em face da mesma reclamada, julgado em 13.12.2022, no seguinte sentido:

“Em relação à base de cálculo do ATS, peço vênia para transcrever a sentença proferida pela Juíza Marcela Dias Araújo Freitas, nos autos da ROT-0010680-13. 2022.5.18.0013, em face da mesma reclamada, julgado por esta 1ª Turma, em relação à ausência de diferenças salariais: ‘O PCS/89, divulgado pela OC DIRHU 009/89 estabeleceu que: ‘5. REMUNERAÇÃO E VANTAGENS 5.1 Em contraprestação de serviços, a CEF paga anualmente a seus empregados 12 remunerações mensais e uma gratificação de Natal (13º salário).

5.1.1 A remuneração mensal é constituída das seguintes parcelas: Salário padrão - valor constante das tabelas salariais correspondendo a cada nível salarial ou posição intermediária do Plano de Cargos e Salários.

Adicional por tempo de serviço - parcela correspondente ao percentual de 1% do salário-padrão a cada 365 dias de efetivo exercício completados pelo empregado, limitado ao máximo de 35%. (...)’ O RH 115 060, por sua vez, estabeleceu que:

‘3.3 RUBRICAS DA REMUNERAÇÃO MENSAL SALÁRIO-PADRÃO 3.3.1 (rubrica 002)

- valor fixado em tabela salarial, correspondente a cada nível dos diversos cargos constantes dos Planos de Cargos, Salários, Benefícios e Vantagens, conforme Anexos III, IV, V, VI, VII e VIII.

3.3.6 ADICIONAL POR TEM-

PO DE SERVIÇO (rubrica 007) - valor referente ao anuênio, devido ao empregado admitido até 02.07.1998.

3.3.6.1 O empregado admitido a partir de 03.07.1998 não faz jus ao recebimento de ATS.

3.3.6.2 O ATS corresponde a 1% do somatório do salário-padrão e do complemento do salário-padrão, a cada período de 365 dias de efetivo exercício na CAIXA, e está limitado a 35%.

3.3.6.3 Para o empregado que completou 35% de ATS até 15.03.1995, o percentual não está limitado e o valor excedente ao limite de 35% é pago na rubrica 010 - VANTAGEM PESSOAL DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO.

(...)

3.3.13 VANTAGEM PESSOAL DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO RESULTANTE DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL (rubrica 049) - corresponde a 1/6 da soma do Adicional por Tempo de Serviço (rubrica 007) e da Vantagem Pessoal do Adicional por Tempo de Serviço (rubrica 010)’.
Como se vê o item 3.3.6.2 do RH 115 define, de maneira expressa, que a base de cálculo do ATS deve corresponder a 1% do salário padrão e do complemento de salário padrão.

O salário padrão corresponde ao valor fixado em tabela salarial correspondente aos diversos níveis

dos cargos constantes do Plano de Cargos, ou seja, trata-se do salário base do empregado, sem a inclusão de outras parcelas como CTVA, PORTE, APPA, adicional de incorporação e função gratificada.

O complemento do salário padrão, por sua vez, é uma rubrica para 'ex-dirigente'. Impende destacar que nos termos da RH 080 'dirigente' são os ocupantes dos cargos de presidente, vice-presidente, diretor executivo e diretor jurídico da CAIXA, cargos estes que não foram ocupados pela Demandante durante a contratualidade.

O MN RH 115 055 estabeleceu o CTVA como 'valor complementar a remuneração base do empregado ocupante de FG/CG efetivo ou assegurado, quando esta remuneração for inferior ao valor do Piso de Referência de (item 3.3.2) configurando-se, portanto, como Mercado', parte do salário da Demandante.

Referido normativo previu, ainda, o pagamento do 'PORTE' como 'valor relativo ao porte da unidade a qual o empregado está vinculado no exercício de funções gratificadas' (item 3.3.24). A parcela é paga sob a rubrica 'PORTE UNIDADE' e é paga pelo exercício de função gratificada de natureza gerencial, possuindo relação com o porte da unidade de lotação do empregado, tratando-se,

portanto, de verdadeiro complemento ao valor da gratificação de função.

O Manual previu também o pagamento do APPA - Adicional Pessoal Provisório de Adequação ao PFG como adicional provisório devido na ocorrência de uma das seguintes situações: 'quando a RB do empregado no PCC for maior do que a RB desse mesmo empregado no PFG, considerando-se a mesma jornada de trabalho, no momento da adequação do PCC para o PFG; nos casos de dispensa e designação simultânea para FG de mesmo nível remuneratório da FG de adequação ao PFG' (Item 3.3.25), ou seja o APPA é pago como complementação do empregado pelo exercício da função gratificada a fim de se observar a remuneração básica, caracterizando-se, portanto, como parte do salário da Autora.

Estabeleceu o normativo, ainda, o pagamento do Adicional de Incorporação devido ao empregado dispensado do exercício efetivo de cargo em comissão, por interesse da Administração, e que tenha exercido a função por período igual ou superior a 10 anos (Item 3.1), estabelecendo, inclusive, que a parcela integra a remuneração básica do empregado (Item 3.2).

Entendo, portanto, que o CTVA, PORTE, APPA, adicional de incorporação e fun-

ção gratificada, função de confiança e cargo comissionado integram a remuneração básica da Autora. No entanto, não são considerados como 'complemento do salário padrão' para efeito de incidência do ATS, tampouco se confundem com o salário padrão (salário base previsto em tabela salarial).

Anoto que não há como se interpretar de forma ampliativa o regramento interno da CAIXA e modificar a base de cálculo, a fim de abranger as parcelas salariais retrocidades, pois esta é expressamente prevista e cumprida pela instituição bancária.

Assim, não há qualquer prova ou indício de que tenha ocorrido alteração lesiva à empregada em relação ao critério de apuração do ATS.

Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Colendo TST:

'CTVA. REPERCUSSÃO NO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO DA' ATS 'PREVISTA EXPRESSAMENTE EM NORMA REGULAMENTAR. INTEGRAÇÃO. Discute-se, no caso, a repercussão INDEVIDA da CTVA sobre o adicional por tempo de serviço - ATS, que constitui parcela prevista em norma interna da empresa, paga espontaneamente pelo empregador. Assim, não sendo regida por lei, de-

vem ser consideradas as cláusulas regulamentares ao se analisar a inclusão de qualquer parcela na sua base de cálculo. De acordo com os dados fáticos delineados no acórdão regional, a base de cálculo tanto da CTVA quanto da ATS está prevista no Manual Normativo RH-115 da CEF. Consoante se extrai do teor das cláusulas regulamentares, tem-se que, efetivamente, a CTVA não deve repercutir no cálculo do adicional por tempo de serviço. Isso porque a base de cálculo do ATS é composta exclusivamente do salário padrão e do complemento do salário padrão, correspondendo esse último ao valor da gratificação do cargo em comissão de maior nível hierárquico exercido na reclamada, nos termos fixados na norma interna. Não há, aqui, menção a nenhuma outra parcela. Não é demais ressaltar, ainda, que o próprio cálculo da CTVA exclui o pagamento do adicional por tempo de serviço e, caso fosse considerado o valor da CTVA no cálculo do adicional por tempo de serviço, aquela fórmula adotada pela CEF não teria resultado final, como bem destacou a Corte regional. Diante do exposto, não há falar em ofensa aos artigos 7º, incisos

VI e X, da Constituição Federal e 8º, parágrafo único, 9º, 444 e 457, § 1º, da CLT. Recurso de revista não conhecido.” (Processo: RR - 120200-12.2007.5.20.0001 Data de Julgamento: 05/12/2012, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2012)²

Por oportuno, registro que embora a decisão acima faça apenas referência ao CTVA o raciocínio esposado aplica-se para a função gratificada, cargo em comissão, PORTE, APPA e adicional de incorporação / função gratificada pois a base de cálculo ATS é apenas o salário padrão. (...)” (grifei).

Nesse mesmo sentido, recentes ementas deste Regional:

“*CEF. ATS. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-PADRÃO E COMPLEMENTO DO SALÁRIO-PADRÃO. De acordo com o disposto na norma interna da CEF: (i) “o ATS corresponde a 1% do somatório do salário-padrão e do complemento do salário-padrão, a cada período de 365 dias de efetivo exercício na CAIXA, e está limitado a 35%.” (item 3.3.7.2), (ii) o SALÁRIO-PADRÃO (rubrica 0002) é o “valor fi-*

xado em tabela salarial, correspondente a cada nível dos cargos constantes dos Planos de Cargos, Salários, Benefícios e Vantagens, conforme Anexos II, III, IV, V, VI, VII e VIII” (item 3.3.2) e (iii) o COMPLEMENTO DO SALÁRIO-PADRÃO (rubrica 0037) “corresponde ao valor da Gratificação do CC do maior nível hierárquico exercido na CAIXA, pago a ex-Dirigente empregado, no meado até 10.09.2002” (item 3.3.12). CEF. ATS. BASE DE CÁLCULO. CÔMPUTO DE OUTRAS VERBAS ALÉM DAQUELAS ÀS QUAIS SE OBRIGOU O EMPREGADOR. IMPOSSIBILIDADE. A CEF obrigou-se a pagar o ATS apenas sobre as rubricas salário-padrão e complemento do salário-padrão, ambas definidas no regulamento, inexistindo espaço para atribuir ao texto outro conteúdo sem ofender seus limites semânticos. E mais: da natureza salarial de uma parcela remuneratória não segue que ela deva ser considerada na base de cálculo de benefício criado pelo empregador, em norma interna, que não a (TRT da 18ª Região; Processo: 0010558-30.2022.5.18.0003; menciona.” Data: 14-04-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Mário Sérgio Bottazzo - 1ª TURMA; Relator(a): MARIO SERGIO BOTTAZZO)

“CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO (ATS). BASE DE CÁLCULO. O adicional por tempo de serviço (ATS), conforme norma interna da Caixa Econômica Federal, é calculado sobre o salário padrão e o complemento do salário padrão, razão pela qual são indevidas as diferenças dessa parcela pela integração das parcelas “função gratificada” e (TRT da 18ª Região) “auxílio-alimentação”. 3ª Região; Processo: 0010619-91.2022.5.18.0001; Data: 31-03-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Gentil Pio de Oliveira - 1ª TURMA; Relator(a): GENTIL PIO DE OLIVEIRA

“ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO. PARCELA INSTITUÍDA PELO EMPREGADOR. OBSERVAÇÃO DO REGULAMENTO INTERNO. Por se tratar de parcela instituída pelo empregador, o cálculo do Adicional por Tempo de Serviço deve observar a regra estabelecida quando da sua instituição, de modo que, no caso, a base de cálculo do ATS é integrada somente pelo salário-padrão (ou salário-base) e pelo complemento do salário-padrão, assim entendida somente a gratificação paga a ex-dirigente da CEF.” (TRT da 18ª Região; Processo: 0010798-

95.2022.5.18.0010; Data: 20-03-2023; Órgão Julgador: Gab. Des. Wellington Luis Peixoto - 1ª TURMA; Relator(a): WELINGTON LUIS PEIXOTO)

Ante o exposto, concluo que CTVA e gratificação de função não integram a base de cálculo do adicional de tempo de serviço, ante o previsto em norma interna da reclamada, razão pela qual reformo a sentença e excluo a condenação ao pagamento de diferenças salariais e reflexos.

Ficam prejudicadas as análises das demais matérias recursais, exceto honorários sucumbenciais.

Dou provimento.” (fls. 11425/11430 – destaques inseridos)

Inconformada, a reclamante interpõe recurso de revista, no qual requer a reforma da v. decisão regional.

Argumenta, em síntese, que o adicional por tempo de serviço (ATS) deve ser calculado sobre o salário padrão e as demais verbas de caráter salarial, em especial os valores recebidos a título de “adicional de incorporação de função”.

Aponta violação ao artigo 457, § 1º, da CLT, bem como suscita divergência jurisprudencial.

O recurso alcança conhecimento.

Registre-se, inicialmente, que a reclamante cumpriu o disposto no artigo 896, § 1º-A, I, da CLT (fls. 11478/11482).

O recurso alcança conhecimento por dissenso de teses, uma vez que o aresto transcrito à fl. 11489 - numeração eletrônica, oriundo da SBDI-1, traz tese em sentido oposto ao esposado pela egrégia Corte Regional, afirmando que a *"CTVA possui natureza jurídica salarial, nos termos do art. 457, § 1. da CLT. E, em sendo assim, deve seu valor ser incorporado à remuneração do empregado, inclusive, para fins do cálculo de adicional tempo de serviço e de outras vantagens pessoais."*

Ante o exposto, **conheço** por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO.

2.1. CEF. DIFERENÇAS SALARIAIS. INCLUSÃO DAS PARCELAS CTVA E GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO (ATS).

Discute-se nos autos se as parcelas função gratificada e CTVA, previstas no regulamento interna do banco - CEF, compõem a base de cálculo do Adicional por Tempo de Serviço (ATS).

Não se desconhece que a jurisprudência desta Corte Superior entende que é devida a integração da função gratificada, do CTVA, do porte de unidade e da APPA na base de cálculo do adicional por tempo de serviço - ATS e vantagem pessoal - VP, em razão

da natureza salarial das referidas parcelas, nos termos do artigo 457, § 1º, da CLT.

Ocorre que o regulamento interno da Caixa Econômica Federal - MN RH 115, no "RH 115 060", estabelece quais os requisitos para a percepção do adicional por tempo de serviço - ATS:

3.3 RUBRICAS DA REMUNERAÇÃO MENSAL

3.3.1 SALÁRIO-PADRÃO (rubrica 002) - valor fixado em tabela salarial, correspondente a cada nível dos diversos cargos constantes dos Planos de Cargos, Salários, Benefícios e Vantagens, conforme Anexos II, III, IV, V, VI, VII e VIII.

[...]

3.3.6 ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO (rubrica 007) - valor referente ao anuênio, devido ao empregado admitido até 02.07.1998.

3.3.6.1 O empregado admitido a partir de 03.07.1998 não faz jus ao recebimento de ATS.

3.3.6.2 O ATS corresponde a 1% do somatório do salário-padrão e do complemento do salário-padrão, a cada período de 365 dias de efetivo exercício na CAIXA, e está limitado a 35%.

[...]

3.3.11 COMPLEMENTO DO SALÁRIO-PADRÃO (rubrica 037) - corresponde ao valor da Gratificação do CC do maior nível hierárquico exercido na CAIXA, pago a ex-Dirigente empregado, nomeado até 10.09.2002, conforme RH080.

Nesse contexto, segundo o previsto no RH 115 da Caixa Econômica Federal, o Adicional por Tempo de Serviço (rubrica 007), corresponde a 1% do somatório do salário-padrão e do complemento do salário-padrão, a cada período de 365 dias de efetivo exercício na CAIXA, e está limitado a 35%.

Nessa trilha, os regulamentos internos empresariais, por disposição do artigo 114 do CC, devem ser interpretados restritivamente, descabendo a instituição de vantagens neles não previstas.

Daí se conclui que a parcela referida (ATS) tem como base de cálculo as verbas pagas sob as **rubricas “salário-padrão” e “complemento do salário-padrão”** e não corresponde a 1% da remuneração mensal total ou da soma das parcelas de natureza salarial, não havendo como enquadrar outras verbas em sua base de cálculo.

Dessa forma, ainda que haja outras parcelas de natureza salarial ofertadas por norma interna empresarial, estas não podem ser incluídas na composição do ATS, se a norma interna assim não dispôs.

Insta mencionar precedente no mesmo sentido, em caso semelhante ao discutido nestes autos:

“RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. RECLAMANTE TRANSCENDÊNCIA. DIFERENÇAS DE ADICIONAL POR TEM-

PO DE SERVIÇO (ATS) E VANTAGEM PESSOAL DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO RESULTANTE DA INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL (RUBRICA 049). CONTROVÉRSIA ACERCA DA INCORPORAÇÃO DAS PARCELAS FUNÇÃO GRATIFICADA E QUEBRA DE CAIXA NA BASE DE CÁLCULO DAS VERBAS 1 - Deve ser reconhecida a transcendência jurídica para exame mais detido da controvérsia devido às peculiaridades do caso concreto. O enfoque exegético da aferição dos indicadores de transcendência em princípio deve ser positivo, especialmente nos casos de alguma complexidade, em que se torna aconselhável o debate mais aprofundado do tema. 2 - **A controvérsia dos autos diz respeito à integração das parcelas função gratificada e quebra de caixa na base de cálculo do Adicional por Tempo de Serviço - ATS.** 3 - Da reclamação trabalhista verifica-se que a causa de pedir do reclamante está lastreada no fato de as parcelas função gratificada e quebra de caixa possuírem natureza salarial, sob o argumento de que “ a reclamada não pode calcular o adicional por tempo de serviço - e, por consequência, a vantagem pessoal (VP-049) que equivale a 1/6 deste valor - , em cima apenas da rubrica ‘ salário-padrão’ , pois o correto é apurar ambos os valores computando, em sua base de cálculo, todas as demais parcelas salariais que compõe (compuse-

ram) a chamada remuneração base, sendo, portanto, meros complementos do salário padrão " (destaquei). 4 - **A norma interna que disciplina o pagamento e a composição do ATS é a "MN RH 115 045".** 5 - **Observa-se que não há qualquer previsão na norma interna no sentido de que toda e qualquer parcela de natureza salarial deverá integrar a base de cálculo do ATS. Ao contrário, a norma disciplina de maneira clara as verbas que deverão compor o ATS, quais sejam: o salário padrão e o complemento do salário padrão.** E não há como enquadrar a função gratificada e a quebra de caixa dentro da composição do salário padrão ou do complemento do salário padrão, como pretende o reclamante. 6 - O salário padrão é bem delimitado pela norma interna como correspondente ao valor fixado em tabela salarial, de acordo com o Plano de Cargos, Salários, Benefícios e Vantagens, conforme anexos III, IV, V, VI, VII, VIII e IX. A função gratificada, por sua vez, diz respeito à gratificação devida pelo exercício de função constante no Plano de Funções Gratificadas, conforme tabela constante nos Anexos XVI e XVII. 7 - Logo, a função gratificada está delimitada pelo Plano de Funções Gratificadas, enquanto o salário padrão é composto das verbas estabelecidas no Plano de Cargos, Salários, Benefícios e Vantagens. Não há, ademais, previsão quanto à integração da quebra de caixa ao salário pa-

drão, inclusive tendo o reclamante apontado que tal verba deve ser entendida como complemento do salário padrão. 8 - No entanto, também não é possível estabelecer que a função gratificada e a quebra de caixa integrem o complemento do salário padrão, o qual corresponde ao valor da " gratificação do cargo em comissão do maior nível hierárquico exercido na Caixa, pago a ex-dirigente empregado". Trata-se nitidamente de gratificações distintas, delimitadas em cláusulas distintas. 9 - Nesse contexto, não há reparos a fazer na decisão regional, que deu a correta interpretação do sentido da norma interna da reclamada. 10 - Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (...) (RR-10883-95.2021.5.03.0184, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 24/11/2023).

Na hipótese, depreende-se do acórdão recorrido que o egrégio Tribunal Regional entendeu, em razão do previsto na norma interna da Caixa Econômica Federal, que as parcelas CTVA e gratificação de função não integram a base de cálculo do Adicional por Tempo de Serviço (ATS).

Vê-se, pois, que a Corte de origem adotou tese jurídica em estrita observância à norma interna da reclamada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de revista.

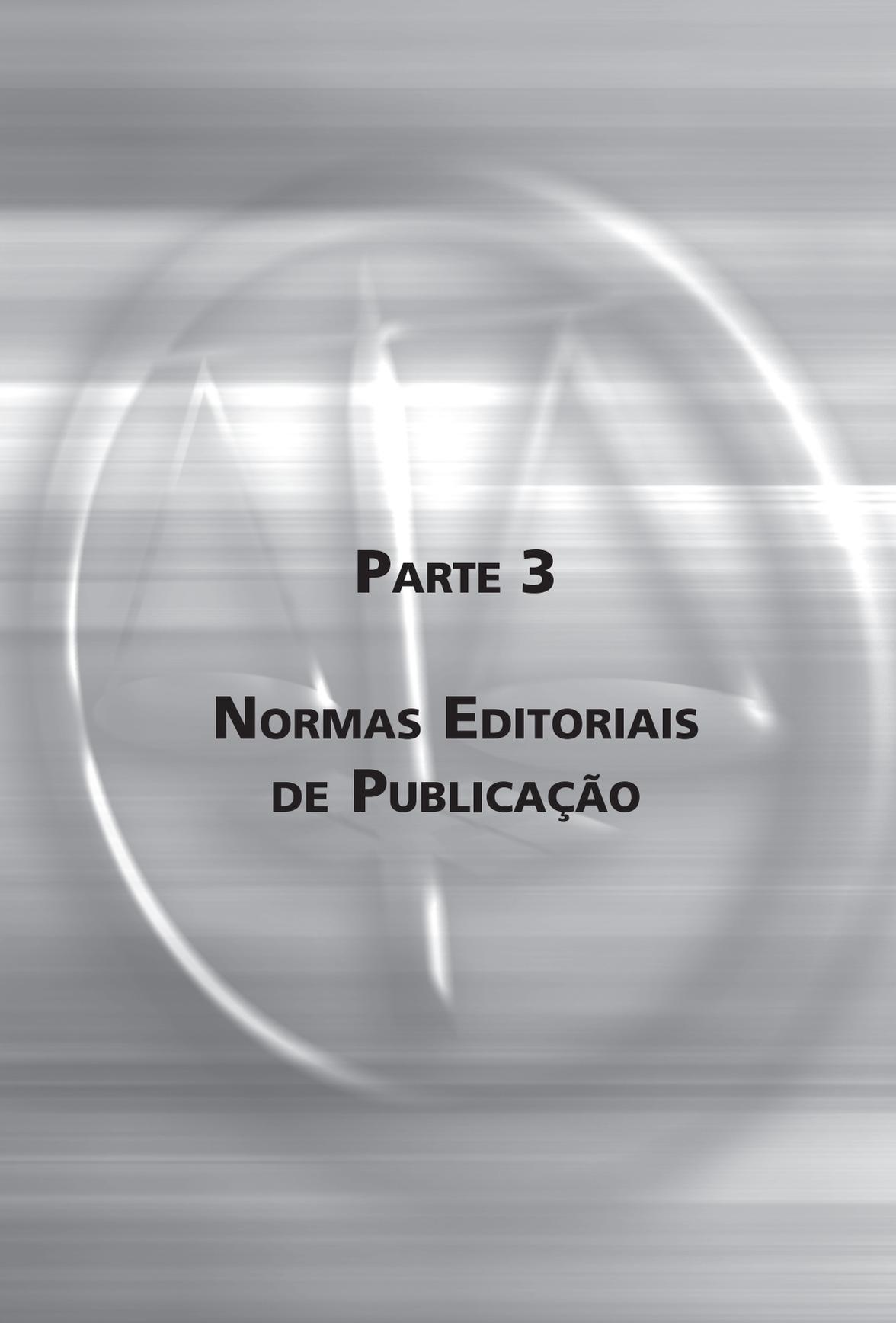
ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – reconhecer a transcendência jurídica da causa e; II – conhecer do recurso de revista da reclamante, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 20 de março de 2024.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

EDUARDO PUGLIESI
Desembargador Convocado 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.