



# **Revista de Direito da ADVOCEF**

*Associação Nacional dos Advogados  
da Caixa Econômica Federal*

---

RDA | Ano I | Nº 1 | 264p | Ago 05

---



**ADVOCEF**

*Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal*

Rua Santa Catarina, 50 - Salas 602/603 - Londrina - PR

Telefones: (43) 3323.5899 e 0800 400 8899

[www.advocef.org.br](http://www.advocef.org.br)

[revista@advocef.org.br](mailto:revista@advocef.org.br)

Revista de Direito da ADVOCEF. Londrina, ADVOCEF, v.1, n.1, 2005

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*

Tiragem: *1.500 exemplares*

Impressão: *Gráfica Comunicação Impressa*

Periodicidade: *semestral*

## **DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF**

### **Presidente**

Altair Rodrigues de Paula (Londrina)

### **Vice-Presidente**

Silvio do Lago Padilha (Belo Horizonte)

### **1º Tesoureiro**

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

### **2º Tesoureiro**

Francisco Spisla (Londrina)

### **1º Secretário**

Geraldo Saviani da Silva (Londrina)

### **2º Secretário**

Darli Bertazzoni Barbosa (Londrina)

### **Diretor Regional Norte**

Eurico Soares Montenegro Neto (Porto Velho)

### **Diretor Regional Nordeste**

Clélio Amorim Nobre G. Martins (Salvador)

### **Diretor Regional Sudeste**

Sonia Lucia dos Santos Lopes (Rio de Janeiro)

### **Diretor Regional Centro-Oeste**

Isabella Gomes Machado (Brasília)

### **Diretor Regional Sul**

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

## **CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA**

Altair Rodrigues de Paula

Roberto Maia

## **CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA**

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Fabiano Jantalia Barbosa

João Pedro Silvestrin



# SUMÁRIO

---

## APRESENTAÇÃO

### PARTE 1 – ARTIGOS

<b>Da Ação Monitória</b> <i>Volmir Cardoso Aragão</i> .....	11
<b>O Prequestionamento nos Recursos Especial e Extraordinário</b> <i>Roberto Carlos Martins Pires</i> .....	43
<b>A segurança da Contratação no Ambiente Virtual: o Uso da Procuração na Certificação Eletrônica</b> <i>Alessandro Maciel</i> .....	67
<b>A Apreciação do Ônus da Prova no Processo do Trabalho e o Princípio <i>In Dubio, Pro Operario</i></b> <i>Thiago Linhares Paim Costa</i> .....	81
<b>Do Não Cabimento de Recurso de Revista Contra Julgamento do Agravo do Artigo 557, §1o, CPC</b> <i>Gustavo Adolfo Maia Junior</i> .....	103
<b>O Direito ao FGTS e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Legitimidade da Restrição Legal das Hipóteses de Saque</b> <i>Fabiano Jantalia Barbosa</i> .....	115
<b>Execução de Sentenças de Expurgos Inflacionários do FGTS - Uma Nova Visão Procedimental</b> <i>Luiz Fernando Padilha</i> .....	151
<b>A Propriedade Intelectual como Instrumento Jurídico Internacional de Exploração: a Luta do Direito Socioambiental Contra a Biopirataria</b> <i>Alaim Giovani Fortes Stefanello</i> .....	185
<b>Cidade, Propriedade e o Novo Paradigma de Desenvolvimento Urbano no Brasil: a Função Social da Cidade<sup>1</sup></b> <i>Alberto Bohnen Filho</i> .....	199

## **PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA**

### **Supremo Tribunal Federal**

<i>FGTS - Expurgos Inflacionários - Correção das Contas Vinculadas - Desconsideração do Termo de Adesão Firmado pelo Trabalhador - Lei Complementar nº 110/01 - Ato Jurídico Perfeito .....</i>	<i>233</i>
---	------------

### **Tribunal Superior do Trabalho**

<i>Auxílio Cesta-Alimentação - Caixa Econômica Federal - Norma Coletiva - Aposentados e Pensionistas .....</i>	<i>243</i>
--	------------

### **Tribunal Superior do Trabalho**

<i>Advogado-Empregado - Jornada de Trabalho - Lei nº 8.906/94 .....</i>	<i>251</i>
---	------------

### **Superior Tribunal de Justiça**

<i>Sistema Financeiro de Habitação - Plano de Equivalência Salarial - Saldo Devedor - Atualização .....</i>	<i>259</i>
---	------------

# APRESENTAÇÃO

---

Eis aqui a realização de um velho sonho e a expressão de um grande ideal.

O lançamento da Revista de Direito da ADVOCEF, que ora lhes chega às mãos, é um marco histórico na trajetória dos advogados da Caixa Econômica Federal. Com a sua criação, pretende-se disseminar a produção técnico-científica dos brilhantes profissionais que compõem a categoria, dando voz à expressão e ao pensamento jurídico que floresce em suas mentes, em suas pesquisas.

Ao mesmo tempo, essa festejada publicação afigura-se como um vigoroso instrumento para a concretização do ideal maior da ADVOCEF, que, projetando-se para além da defesa dos interesses cotidianos de seus associados, encerra o desejo de valorização e afirmação profissional do advogado da CAIXA, esse brioso, consciente e incansável defensor do patrimônio público.

Pelo quilate de seu mister, faz ele por merecer o reconhecimento não apenas no âmbito interno da empresa, mas também no seio de toda a comunidade jurídica e acadêmica, daí derivando a relevância de se lançar uma revista de grande alcance.

Trata-se do primeiro grande passo, ao qual devem seguir-se outros tantos, numa caminhada cujo sucesso depende, em muito, da intensa e contínua colaboração dos que integram esta entidade associativa, agregando valorosas contribuições para que a revista produza cada vez mais frutos.

Boa leitura a todos!

***Diretoria Executiva da Advocéf***





**PARTE 1**

**ARTIGOS**



# Da Ação Monitória

**Volmir Cardoso Aragão**

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul  
Pós-graduado em Processo Civil pela Unisinos/RS  
Mestre em Processo Civil pela PUC/RS  
Professor na UNIRITTER/RS*

**RESUMO:** O presente trabalho busca analisar aspectos controvertidos do processo monitorio, entre eles a sua natureza juridica, procedimento e a natureza juridica dos embargos monitorios à luz da doutrina e jurisprudências pátrias. São analisadas questões quanto ao conceito de prova escrita, o objeto da ação e a legitimidade para ela, bem como procura verificar o desenvolvimento do procedimento em duas fases distintas e estanques. Analisa as decisões na ação monitoria e os eventuais recursos a serem utilizados contra os mesmos e conclui fazendo considerações quanto à efetividade do procedimento ou a falta dela.

**Palavras-chave:** Ação Monitoria. Questões controvertidas.

## 1 Considerações Preliminares

Embora introduzida apenas recentemente no direito brasileiro através da Lei 9.079 de 14.7.95, a ação monitoria é desde muito um instituto de larga utilização no direito europeu, tendo sido introduzido em 1967 na Bélgica, país no qual o processo monitorio foi tido como solução aos mesmos problemas que afligem o sistema judiciário brasileiro, não obstante remontar sua origem ao Direito Romano.

O direito europeu conhece dois tipos de procedimento monitorio, também chamado de *procedimento de injunção: o puro e o documental*. No primeiro, basta a mera alegação de um direito de crédito, para que o juiz expeça um mandado de pagamento ou entrega da coisa; no segundo, que foi adotado pelo direito pátrio, é necessário que exista prova escrita do débito.

Independentemente do seu país de origem, verifica-se que a ação monitória é quase uma unanimidade quanto a ser um remédio processual, que visa a eliminar o processo de conhecimento (embora no mais das vezes isto não aconteça), através de um rito especial e sumário quando determinada pessoa possua documento escrito, sem força de título executivo, permitindo assim ao credor substituir a ação de cobrança por um expediente que visa a incitar o devedor a reconhecer o título e realizar o pagamento, ao invés de procurar o embate judicial.

Portanto, um dos escopos fundamentais do processo monitório segundo CALAMANDREI<sup>1</sup> é o de dar vida com maior celeridade à formação de título executivo, pois, antes de mais nada, as razões para a introdução do processo monitório se justificam pela sua capacidade em dar muito mais agilidade e eficácia ao mecanismo judiciário e, conseqüentemente, pelos fundamentos de economia processual.

## 2 Da Ação Monitória

### 2.1 Conceito

Para SALVATORE SATTA, o processo monitório, chamado *ingiunzione* no Direito italiano:

*"(...) consiste na emanção de uma ordem do Juiz conforme o pedido do credor, para que o devedor pague uma importância em dinheiro (ou uma quantidade certa de coisas fungíveis), no prazo estabelecido, facultando-se embargos ao devedor, a cuja falta a ordem adquirirá o valor de uma sentença condenatória passada em julgado"*<sup>2</sup>

Na doutrina brasileira, NELSON NERY JUNIOR conceituou a ação monitória da seguinte forma:

*"(...) a ação monitória é o instrumento processual colocado à disposição do credor de quantia certa, de coisa fungível ou de coisa móvel determinada, com crédito comprovado por documento escrito sem eficácia de título executivo, para que se possa requerer em juízo a expedição de mandado de pagamento ou entrega da coisa para a satisfação do seu direito".*<sup>3</sup>

No mesmo sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI entende que a ação monitoria:

*"Consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, reque-  
rendo a prolação de provimento judicial  
consubstanciado, em última análise, num manda-  
do de pagamento ou entrega de coisa, visa obter  
a satisfação do seu direito".<sup>4</sup>*

Na verdade não há na doutrina, quer estrangeira, quer nacional, divergência quanto ao conceito da ação monitoria, não obstante, como adiante será demonstrada, a falta de unanimidade, ao menos na doutrina brasileira, quanto à sua natureza jurídica.

## 2.2 Natureza Jurídica

Diversamente do conceito, a natureza jurídica da ação monitoria tem suscitado entre os doutrinadores inúmeras controvérsias, sendo comum a defesa de teses opostas.

No estudo da moderna processualística civil há duas fortes correntes: a primeira entende ter a ação monitoria natureza jurídica de processo de conhecimento de caráter condenatório; a segunda entende ter o processo monitorio natureza de processo executivo.

Entre os defensores da primeira teoria cite-se JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI<sup>5</sup> para quem o procedimento monitorio documental tem natureza de processo de conhecimento por três razões:

- a) o procedimento termina, substancialmente, com uma decisão condenatória contra o devedor;
- b) obrigatoriamente esta decisão dever ser fundamentada; e
- c) há produção de coisa julgada material, ou, no mínimo, preclusão endoprocessual.

EDILTON MEIRELES, ao concluir estudo especificamente quanto à natureza da ação monitoria, entende que esta possui natureza puramente de ação executiva, reconhecendo apenas a existência de uma primeira fase no processo monitorio, o que será observado mais adiante, e que esta fase se desenvolveria em duas etapas, *verbis*:

*"Em síntese, temos, então, que a decisão do juiz ao despachar a ação monitoria divide-se em duas etapas.*

*Na primeira, dota ou não a prova escrita de eficácia executiva, por decisão de natureza administrativa; em seguida, a partir de sua primeira deliberação, o juiz decide jurisdicionalmente, seja ordenando o mandado monitório, definindo, assim a inicial, seja indeferindo a exordial, por não estarem presentes os requisitos necessários ao desenvolvimento válido da ação monitória.*

*A natureza, no entanto, dessa segunda decisão - tipicamente jurisdicional - advirá do pronunciamento do juiz.*

*Se indeferir a inicial, seu ato terá natureza sentencial, pois põe termo ao processo (art. 162, § 1º, CPC). Se, ao, invés, deferir a inicial, será mera decisão interlocutória (art. 162, § 2º, CPC).*

*Terá por fim, essa mesma natureza a decisão que acolher parcialmente a inicial, ou seja, ordena a expedição do mandado de apenas parte da pretensão do requerente, já que ela não põe termo ao processo.*

*Por via de consequência, diante dessas conclusões, é inexorável concluir que ação monitória tem natureza de ação executiva." <sup>6</sup>*

Existe ainda outro entendimento quanto à natureza jurídica do procedimento monitório, cuja tese é defendida por CARNELUTTI, na qual considera que o mandado injuntivo é um *tertium genus*, colocando-se como intermediário entre cognição e execução, resolvendo-se, não em um juízo imperativo, mas em um puro comando pronunciado com vistas ao processo executivo.

O jurista bem caracteriza a natureza da injunção quando diz que:

*"A injunção executiva, diferente da coisa julgada, não é um juízo imperativo, e sim puramente um mandado; essa observação se refere ao seu valor jurídico, não ao seu valor lógico; os componentes da injunção logicamente são os mesmos com que se forma a decisão; juízo e mandado, mas juridicamente o valor (imperativo) da decisão depende do juízo e, por sua vez, o da injunção é indepen-*

*dente dele; quando se decide, a decisão obriga por que, segundo o juiz, é conforme a verdade, quando se impõe a injunção, esta se obriga apesar de o juiz se reservar a julgar." <sup>7</sup>*

A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, ao referir-se sobre à natureza do procedimento monitorio, faz um resumo das inúmeras correntes e seus autores, *verbis*:

*"Qual é a natureza desse processo? Carnelutti, que foi um dos primeiros que o estudaram, dizia ser diferente tanto do processo de conhecimento como do processo de execução. Chiovenda afirmou tratar-se de um acerto, de uma declaração, com prevalente função executiva. E Garbagnati, cuja posição prefiro, entendeu tratar-se de uma verdadeira sentença condenatória ou, pelo menos, de um mandamento que se equipara a uma sentença condenatória sujeita a uma condição suspensiva, ou seja, a que não haja oposição dos embargos. Só que, como veremos, essa sentença condenatória é acompanhada de um mandamento, que é exatamente a ordem judicial monitoria após a cognição sumária inaudita altera parte. Então, quem sabe, aqui também, não fosse o caso de o processualista rever algumas posições firmes, até pouco tempo atrás contrárias ao reconhecimento de uma categoria de sentenças, que seria a sentença mandamental, para eventualmente se dizer que a sentença monitoria é de natureza mandamental, não dependendo de uma execução ex intervallo. No próprio processo de conhecimento sumário da ação monitoria, existe a condenação e o mandamento a praticar um determinado ato". <sup>8</sup>*

Apesar dos entendimentos até então apresentados, VICENTE GRECO FILHO, em nosso entender, é quem mais se aproxima de uma definição conclusiva quanto à natureza do procedimento monitorio, e com grande maestria assim o define:

*"A ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva. Assim, apesar de estar a ação colocada entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, sua compreensão e a solução dos problemas práticos que apresenta, somente serão possíveis se for tratada como se fosse processo de execução. Ou seja, como se fosse uma espécie de execução por título extrajudicial em que, ao invés do mandado de citação para pagamento em 24 horas sob pena de penhora, há a citação com a ordem de pagamento ou entrega de coisa móvel. A interposição dos embargos, que na execução somente é possível depois de seguro o juízo, no caso da ação monitória é ensejada antes da penhora e suspende a eficácia do preceito. É como se o ato constitutivo da penhora tivesse sido cindido em dois momentos (a ordem de pagamento e a constrição) e entre eles se pudesse apresentar embargos."*<sup>9</sup>

Tem-se, assim, que a ação monitória possui uma natureza jurídica híbrida e, portanto, uma natureza diferenciada em razão do misto de execução e conhecimento que melhor pode ser observado quando tratarmos mais adiante no item quanto ao *procedimento*.

### **2.3 Finalidade**

ADA PELLEGRINI GRINOVER esclarece com precisão a finalidade da ação monitória:

*"E esta é a finalidade última do procedimento monitório: exatamente acelerar a formação do título executivo judicial sem as complicações e as demoras do processo ordinário de conhecimento. Sabemos que não pode haver qualquer execução sem título, e, por isso, quando não há esse título, o Direito Processual tenta abreviar o caminho para a sua constituição, abrindo mão das delongas que, normalmente, seriam necessárias num processo de conhecimento que levasse a uma sentença condenatória e, a partir daí, ao título executivo judicial."*<sup>10</sup>

Portanto, segundo CARREIRA ALVIN <sup>11</sup>, a finalidade precípua do procedimento monitorio é *evitar perda de tempo e dinheiro, na formação de um título executivo que o devedor, muitas vezes, não tem interesse em obstaculizar.*

OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA afirma que o procedimento ordinário, dada a sua morosidade e complexidade frente às necessidades e contingências atuais, traz mais desvantagens do que vantagens, pois deixa o magistrado inerte, sendo que muitas vezes o juiz e o autor ficam compelidos a assistir impotentes, às vezes por longos e longos anos, ao conhecido sortilégio de escaramuças e manobras de que se vale o demandado para prolongar ao máximo a duração da causa, enquanto se locupleta da impunidade.

Na realidade, o que se verifica na experiência forense brasileira, independentemente do que o Código prescreva, ou daquilo que a doutrina nos ensine, é uma batalha contra a lentidão e inoperância do procedimento monitorio, bem como contra a passividade em que o mesmo coloca o magistrado.

O autor esclarece ainda que:

*"Se a função do processo há de ser verdadeiramente instrumental, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica (...)." <sup>12</sup>*

Dessa forma, a ação monitoria vem ao encontro dos princípios de economia e celeridade processual, evitando-se submeter o credor que possui documento idôneo sem força de título executivo, porém capaz de comprovar a existência do seu direito, ao demorado e dispendioso procedimento ordinário. Devemos primar pela pronta e efetiva prestação jurisdicional<sup>13</sup> em detrimento do rigorismo formal que cause o perecimento do direito, descaracterizando, assim, a função do judiciário.

## **2.4 Cabimento e Admissibilidade**

O artigo 1102a delimita o campo de admissibilidade desse procedimento. A ação monitoria é instrumento ofertado ao credor de soma em dinheiro, de coisa fungível ou de coisa certa móvel, desde que tenha alguma prova documental a corroborar o alegado crédito.

Pode-se afirmar que para admissibilidade da ação monitória, faz-se necessária quando se tratar de soma em dinheiro, a liquidez da dívida, ou seja, que seu valor seja certo e determinado, bem como seja exigível, estando, portanto vencida, a exemplo do que ocorre com a ação de execução.

Segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI<sup>14</sup>, múltiplos são os casos de cabimento da ação monitória, bastando que o interessado seja portador de um documento, público ou privado, que justifique o crédito e que não contenha a eficácia típica dos títulos executivos extrajudiciais.

Neste caso, portanto, pode o credor eleger a via da ação monitória, ao invés de submeter sua pretensão ao procedimento comum, que seguramente é sempre mais custoso e demorado.

Dentre os múltiplos casos de cabimento da ação monitória, ELAINE HARZHEIN MACEDO enumera alguns:

*“Inúmeras situações de direito material que tenham por objeto obrigação de pagar quantia determinada poderão se ver protegidas por essa via procedimental. Basta-nos lembrar que o credor de um cheque cuja força executiva encontra-se prescrita, pelo sistema convencional só poderia se socorrer da ação de cobrança, pelo rito ordinário (art. 282) ou formalmente sumário (art. 275), dependendo de seu valor, mas de qualquer forma pelo penoso caminho da cognição plena. Também se beneficiam dessa via materialmente sumária os credores de duplicatas inaceitas e desacompanhadas dos documentos que lhe podem conferir executividade (protesto, cópia de nota fiscal e comprovante de recebimento de mercadoria, da prestação efetiva do serviço contratado), letras de câmbio inaceitas, valores devidos a título de correção monetária não satisfeitos por ocasião do pagamento do título de crédito levado a protesto, taxas condominiais, créditos oriundos de honorários devidos por serviços prestados por profissional liberal, entre outros tantos.*

...

*Assim, a prova documental ou deve ter a seu favor o reconhecimento da obrigação pelo devedor (che-*

*ques ou notas promissórias executivamente prescritas; confissões de dívida a que falem alguns dos requisitos configuradores do título executivo, como a assinatura de duas testemunhas quando se tratar de documento particular), ou deve gozar de certa presunção de veracidade como ocorre com os registros contábeis ou outros também oficiais.”<sup>15</sup>*

Embora, cada vez mais, haja uma taxatividade dos casos de cabimento da ação monitória, nada substituirá o magistrado na verificação das hipóteses de cabimento, uma vez que a este cabe a análise última, mesmo que entendida como sumária, do documento apresentado pelo suposto credor, ou seja, a prova escrita onde há uma obrigação assumida, quer de pagar, quer de entregar a coisa.

#### **2.4.1 Prova Escrita**

Para NELSON NERY JUNIOR<sup>16</sup>, *o documento que aparelha a ação monitória deve ser escrito e não possuir eficácia de título executivo.*

Este mesmo autor, citando Garbagnati, informa que por documento escrito deve-se entender "qualquer documento que seja merecedor de fé quanto a sua autenticidade e eficácia probatória", cabendo ao juiz verificar, através de uma análise que, embora sumária, permita convencer-se da idoneidade da prova.

Interessante entendimento é apresentado por VICENTE GRECO FILHO<sup>17</sup>, para quem a prova escrita deve constituir-se num pré-título que expresse obrigação de pagamento em dinheiro ou entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel, vindo assim a transformar-se em título, caso ocorra a não apresentação dos embargos ao mandado monitório, sua rejeição ou improcedência.

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conceituou de forma irrepreensível a prova escrita que possibilita à ação monitória, cumprindo transcrever parte de alguns destes julgamentos acórdãos:

*"A prova escrita que deve acompanhar a inicial da ação monitória não precisa, necessariamente, ser de emissão, elaboração ou assinatura do devedor, ou representante. Anotações de venda de mercadorias podem ser a prova escrita exigida pela lei.”<sup>18</sup>*

*"A prova escrita do art. 1.102a do estatuto adjetivo civil deve retratar uma obrigação vinculativa entre as partes."<sup>19</sup>*

*"A prova escrita, exigida pelo art. 1102 do CPC, é todo documento que, embora não prove, diretamente, o fato constitutivo, permita ao órgão judiciário deduzir, através de presunção, a existência do direito alegado. Lição da doutrina italiana."<sup>20</sup>*

Em que pese os inúmeros entendimentos existentes, é certo que para instrução da ação monitoria há que ser documento, porquanto outras provas, tais como vídeos e gravações, não são aceitas. Também há que ser escrito e, através do vernáculo, expressar a existência do crédito e a obrigação ao pagamento ou entrega do bem.

## 2.4.2 Objeto

No Direito brasileiro, igualmente ao Direito italiano, somente se admite a ação monitoria se o pedido do autor tiver como objeto pagamento de quantia certa, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel.

Faz-se necessário que o título *para-executivo* que instrumentará a ação monitoria seja líquido, uma vez que o procedimento é instaurado por meio da expedição de um mandado de pagamento a ser expedido com base em prova documental a ser apresentada na inicial.

Sendo assim, o procedimento monitorio, por ser célere, não comporta fase de liquidação, própria do procedimento ordinário. Caso o documento não apresente o valor do crédito exigido, deverá ser procedida a sua remessa ao contador, descaracterizando, assim, o propósito deste procedimento especial, qual seja ser rápido e direto.

Dessa forma, se, antes da expedição do mandado monitorio, se fizer necessária a liquidação do título *para-executivo*, o processo deverá ser ordinarizado, visto que o juiz, ao receber a petição inicial na ação monitoria, analisará o documento apresentado e, a partir deste, vislumbrará a plausibilidade do direito de crédito do autor, o que ensejará a condenação provisória do réu e, por esse motivo, a condenação deverá ter um valor certo, justificando, assim, a imperiosidade de que o título *para-executivo* possua liquidez, não sendo possível suprir a falta desse requisito através da ação monitoria.

No caso de entrega de coisa fungível, significa às obrigações de dar coisa genérica ou incerta, ou seja, coisas que são indicadas pelo gênero e quantidade, e cuja satisfação em juízo se realiza por meio da execução

forçada. Por fim, cumpre evidenciar que referentemente à obrigação de dar coisa certa, somente é possível, através do procedimento em questão, a cobrança referente a bem móvel; os bens imóveis terão que ser alcançados pelo juízo contencioso ordinário. Não são incluídas também as obrigações de fazer e não fazer.

### 2.4.3 Legitimidade

Quanto à legitimidade ativa para a ação monitória, segundo CRUZ E TUCCI<sup>21</sup> não há, em princípio, qualquer dificuldade que se apresenta neste aspecto, ou seja, poderá ser ajuizada pelo titular do crédito, assim reconhecida pela documentação que deverá instruir a petição inicial, ficando, porém, ao arbítrio do juiz a verificação desta condição processual de admissibilidade.

No que diz respeito à legitimidade passiva para ação monitória, entendemos aplicar-se, com determinadas reservas, a norma inserida no artigo 568 do CPC.

Ora, se a finalidade da ação monitória é a formação do título executivo contra o *devedor*, tendo o mandado monitório intrínseca similitude com o expedido na ação executiva, nada mais coerente do que se aplicar quanto à legitimidade passiva a norma acima referida.

Temos assim que os legitimados para ação monitória seriam: a) o devedor, reconhecido como tal no documento escrito, b) o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor, e c) o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultando do documento escrito.

Não obstante, observa GERSON FISCHMANN que é inútil falar-se em legitimação sob o ponto de vista do processo, pois:

*"É réu aquele que o autor designa como tal. Se, entretanto, esse réu não é, no plano material, cujo reconhecimento implicará julgamento de mérito daquela ação proposta, não haverá qualquer interferência como a eventual demanda a ser movida contra o verdadeiro obrigado pela singela razão de que esta última não foi objeto da lide."*<sup>22</sup>

Pode surgir alguma dúvida no que diz respeito à possibilidade do ajuizamento da demanda em face da existência de devedores solidários. Neste aspecto, CRUZ E TUCCI entende que:

*“Legitimado passivo é o devedor, sendo, no entanto, possível, desde que haja vínculo de solidariedade passiva, o aforamento da demanda em face de um ou de todos os coobrigados. Poderá assim ocorrer que o autor, fundado em crédito decorrente de obrigação solidária, proponha a demanda em face de todos os devedores. Havendo então pluralidade de demandados, não cumprida a ordenação judicial no prazo legal, mas ofertados os embargos apenas por um ou por alguns deles, a respectiva decisão passa a valer como título executivo em face dos réus que se mantiveram inertes.”<sup>23</sup>*

Outro aspecto relevante diz respeito à possibilidade do ajuizamento da ação monitória contra as pessoas incapazes. Esclarece J. E. CARREIRA ALVIN<sup>24</sup>, positivamente, que podendo ser o incapaz parte no processo de conhecimento, em que será citado na pessoa do seu representante legal ou na sua própria pessoa, conforme se trate de absoluta ou relativa a sua incapacidade, também pode ser igualmente réu na ação monitória, cabendo, portanto, em caso de representação, ao seu representante, a opção entre cumprir a obrigação ou embargar.

Questão ainda pouco explorada, diz respeito à possibilidade da intervenção de terceiros no processo monitório, o que no nosso entender mostra-se plenamente aceitável em face da aplicação dos princípios atinentes ao processo de conhecimento, quanto mais quando for embargada a ação.

Cumpra esclarecer que a jurisprudência mostra-se dividida neste aspecto, conforme se verifica pelas ementas abaixo transcritas:

*“Agravo de instrumento. Ação monitória. Denúnciação à lide. Possibilidade. É perfeitamente possível a intervenção de terceiros nos embargos ao mandado de ação monitória, dada a regra insculpida no art. 1.102c, § 2º, do CPC. Agravo de instrumento provido. Unânime.”<sup>25</sup>*

*“Monitória. Denúnciação da lide. A jurisprudência tem assentado que não cabe a intervenção de terceiros na ação monitória, pois ela não se compatibiliza com a celeridade e a natureza do sistema, assim como não o é possível em embargos de devedor. Agravo regimental improvido.”<sup>26</sup>*

GERSON FISCHMANN lembra que o procedimento monitorio, enquanto rito especial, desaparece com a oposição de embargos, não sendo difícil, portanto, perceber e admitir a ampla possibilidade de quaisquer das formas de intervenção de terceiros, desde que interpostos aqueles. Porém, acrescenta que:

*"Contudo veja-se a gravidade de se tratar os embargos como ação autônoma. Adota-se o rito ordinário, mas o réu da monitoria passa a ser "autor" dos embargos, o que resulta por afastar a possibilidade de que venha a nomear a autoria, por exemplo, pois esta forma de intervenção de terceiro tem por finalidade a alteração no pólo passivo da demanda. Todavia, em face do direito positivo, viram-se doutrina e jurisprudência jungidas a um contorcionismo de hermenêutica para, de um lado, não se afastar da letra da lei e, de outro, tampouco, deixar de admitir a sua natureza de defesa. Assim, e a título exemplificativo, para efeitos de contagem de prazo de interposição os embargos são tratados como ação autônoma, assim como a decisão que os acolhe ou os rejeita é classificada como sentença; de outra parte, são tratados como contestação na medida em que parte da doutrina admite a nomeação à autoria e o chamamento ao processo, figuras intervencionais de alteração do pólo subjetivo da demanda."<sup>27</sup>*

Não obstante, a aplicação do instituto da intervenção de terceiros, está diretamente ligado ao entendimento quanto à natureza jurídica da oposição do réu ao mandado.

Da mesma forma, discute-se a possibilidade de oferecimento de reconvenção pelo réu, o que a doutrina tem aceitado acaso reconhecida à oposição como mera defesa, o que acaba por se tornar necessário, pois visa, sobretudo, possibilitar sejam compatibilizados tais institutos com a ação monitoria.

### 3 Procedimento

Na doutrina nacional há divergência entre os autores quanto ao desenvolvimento do procedimento monitorio, entendendo alguns que

a ação se desenvolve em duas fases, embora sendo uma, onde na primeira efetivamente há uma sumariedade do procedimento, tendo em vista que o juiz exerce um julgamento preliminar tão somente com base na inicial e nos documentos apresentados pelo credor.

A outra corrente entende que o procedimento monitório propriamente dito aconteceria tão somente em uma única fase.

Não obstante, a doutrina demonstra ser quase unânime quanto à sumariedade desse procedimento, porém restrita essa somente à primeira fase do processo, uma vez que, havendo oferecimento de embargos pelo devedor, o rito a ser tomado é o ordinário com cognição exauriente.

Para aqueles que entendem desenvolver-se em duas fases, a primeira iniciaria com o oferecimento da inicial e terminaria com a citação do réu, ou seja, antes do oferecimento de oposição pelo suposto devedor, e a segunda fase principiaria neste momento e terminaria com a sentença de procedência ou improcedência da demanda monitória.

Podemos definir que o processo monitório é um todo, cujo procedimento comporta duas fases, sendo uma primeira sumária e executiva e outra cognitiva e ordinária, que mesmo pode não vir a acontecer, não podendo, portanto, em face de alguns doutrinadores, considerá-lo como sendo apenas sua primeira fase.

A fim de que se possa visualizar o procedimento monitório de uma forma geral, adiante serão tratadas especificamente cada fase do processo monitório e seus atos respectivos.

### 3.1 Primeira Fase

Nessa primeira fase o juiz, ao receber a inicial verifica a possibilidade de expedição de mandado monitório, determinando que o réu pague a dívida, entregue a coisa ou ofereça embargos no prazo de 15 dias.

Neste primeiro momento o juiz exerce não somente uma atividade administrativa (ao dar seguimento à ação e determinar a citação do devedor), mas também uma atividade jurisdicional, ao verificar se o documento escrito apresentado pelo suposto credor preenche os requisitos de liquidez e exigibilidade, ou seja, condições mínimas de procedibilidade, não obstante faltar a este documento a certeza, característica intrínseca aos títulos executivos extrajudiciais.

Emite assim um juízo de valor quanto ao documento (prova escrita) e por que não dizer quanto à existência e validade do crédito propriamente dito, entendido pela doutrina como *provimento liminar*, o que justifica o entendimento de ser o procedimento monitório *especial* e de *cognição sumária*.

Tal entendimento é corroborado por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI<sup>28</sup> para quem a ação monitória possui procedimento especialíssimo em razão da sumariedade formal da cognição, estando caracterizado pela exigência de prova escrita do crédito, desprovida porém de força executiva.

No mesmo sentido NELSON NERY JUNIOR<sup>29</sup>, para quem o processo monitório é ação *de procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título*.

Não há dúvidas, portanto, que nesta primeira fase a cognição é sumária, fazendo-se necessária à atividade jurisdicional no sentido de verificação dos pressupostos e condições da ação, verificando o magistrado a verossimilhança do direito do requerente e se tal tem o condão de possibilitar a expedição do mandado *injuntivo* contra o réu.

Citado o pretense devedor, poderá este apresentar, no prazo de 15 dias, oposição à pretensão do credor, alegando toda e qualquer matéria que entenda pertinente, tanto quanto à existência, validade e eficácia que diga respeito ao documento, quanto ao próprio crédito.

Não apresentando contestação ao mandado monitório, ou apresentando e sendo intempestivo, obrigatoriamente o juízo deverá julgar, por assim dizer, antecipadamente a lide, transformando um documento escrito, ao qual num primeiro momento, em face da cognição sumária, e determinação de pagamento através de mandado, é dada eficácia de título executivo extrajudicial em outro, agora judicial, em decorrência da decisão proferida.

Convola-se, assim, o procedimento monitório em processo de execução.

### 3.1.1 Citação

Pode-se afirmar que a citação do réu ou pretense devedor encerra a primeira fase do processo monitório.

Impende salientar que nesta ação, assim como ocorre no processo de execução, o réu não é citado para defender-se e sim para efetuar o pagamento ou entregar a coisa, sendo portanto o mandado de citação ato mandamental de profunda similitude executiva.

É expedida, portanto, pelo magistrado, uma ordem de pagamento ou de entrega de coisa, com a ciência ao réu do prazo legal, que é de quinze dias conforme o disposto no artigo 1.102b, para que pague ou entregue, ou mesmo apresente defesa justificando porque não está obrigado à prestação reclamada na inicial.

Com esclarecedoras razões, ELAINE HARZHEIN MACEDO entende que tal citação deva ser pessoal, *verbis*:

*"Se temos a citação no processo de conhecimento e a citação no processo de execução, a primeira para vir responder, a segunda para pagar ou nomear bens à penhora, não antevemos porque há de ser diferente na ação monitória, que, como já se salientou neste trabalho, situa-se num ponto de confluência entre o procedimento de cognição e o de execução.*

*Peculiaridade dessa citação, como já se destacou, é o comando judicial, a injunção, a ordem de pagamento ou entrega de coisa, traço, aliás, tão caracterizador do procedimento que inclusive lhe dá o nome. No mais, há de receber, subsidiariamente, as regras do procedimento comum, como por exemplo, o artigo 225, no que couber, por força do disposto no já citado artigo 272, par. único.*

*Indagação que reclamará da doutrina e jurisprudência atenção, é a possibilidade de ser feita a citação pelo correio, conforme dispõe o artigo 222 do Código. Esse dispositivo, reformulado recentemente no direito brasileiro, inverteu a regra geral, onde a citação era por mandado e só por exclusão através de correspondência com aviso de recebimento, estabelecendo, às avessas, as hipóteses em que não se aplica o chamamento através do correio, quais sejam: ações de estado; quando for ré pessoa incapaz, quando o demandado for pessoa de direito público; nos processos de execução; quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência, e, genericamente, quando o autor requerer a citação de outra forma. Trata-se, evidentemente, de hipóteses previstas dentro do direito positivo então vigente, quando desconhecida a ação monitória.*

*Dentre as hipóteses reguladas pelo artigo 222, a que mais diz com o procedimento injuncional é a que trata do processo de execução. E por uma razão gritante: lá o réu não é citado para responder, mas para pagar ou nomear bens a penhora. Atividade cognitiva desenrolar-se-á tão-somente se o executado aforar ação incidental de embargos. Trata-se, pois, de citação sui generis, a exemplo do que ocorre com o chamamento na ação do artigo 1.102a. Também aqui o demandado não é chamado para integrar a lide, mas sim para cumprir o decreto de pagamento ou entrega da coisa. O contraditório, se houver, face à inversão provocada pela sumariedade procedimental, terá que ser instaurado pelo requerido, opondo-se à ordem via embargos. Daí concluir-se que, a exemplo do que ocorre no processo de execução, também na ação monitoria a citação pelo correio, mesmo com as cautelas do parágrafo único do artigo 223, não teria a utilidade que o ato exige, tornando inócua, ou, no mínimo, frágil. Nessa esteira, pelo princípio analógico, propugnamos pela inaplicabilidade do artigo 222 no novo instituto, utilizando a convencional citação por mandado, que melhor coaduna com o decreto judicial emanado."*<sup>30</sup>

Ao contrário do entendimento acima esposado, VICENTE GRECO FILHO<sup>31</sup> entende que a citação do réu deve ser feita nos termos gerais do código, e sendo assim, inclusive pelo correio

Ousamos discordar do entendimento acima, pois se se aceitar que o mandado monitorio é similar ao executivo, obrigatoriamente a citação do réu/devedor deverá ser pessoal, a exemplo do que ocorre com o processo de execução.

### **3.2 Segunda Fase**

Contestado o mandado monitorio, abre-se uma segunda fase da ação monitoria, com a instauração do contraditório, ocorrendo, obrigatoriamente, cognição exauriente.

### 3.2.1 Oposição

Outro aspecto que tem colocado doutrinadores em lados diferentes é no que diz respeito à defesa oferecida pelo réu ao mandado monitório, podendo a doutrina, com respeito à matéria, ser dividida em duas teorias.

Entende parte da doutrina que os embargos ao mandado monitório seriam efetivamente espécie de embargos, assim reconhecidos como *ação de natureza declaratória ou constitutiva negativa*<sup>32</sup>.

Tal entendimento leva em conta que se a sua apresentação suspende a eficácia do mandado monitório, este não poderá ser reconhecido apenas como mera defesa, muito embora seja autuado nos autos do processo e não separadamente a exemplo dos embargos do devedor no processo executivo.

Entender que a oposição do réu ao mandado monitório seja ação similar aos embargos do executado na execução, traz conseqüências no que diz respeito à própria sentença e sua eficácia, bem como quanto aos efeitos de eventual recurso interposto dela, bem como as matérias que podem e devem ser alegadas pelo réu.

Neste sentir, ao reconhecer-se a oposição do devedor como ação, eventual sentença de improcedência destrancaria por assim dizer o mandado monitório, dando-se prosseguimento à fase executiva que teoricamente havia começado com a expedição liminar do mandado monitório, nada impedindo que viesse *a posteriori* o réu, agora convertido em devedor, apresentar embargos à execução, alegando toda e qualquer matéria que entenda devida, inclusive aquelas levantadas contra o mandado monitório, uma vez que não estaria o credor a executar a sentença e sim o documento escrito, apresentado inicialmente, que ganhou força executiva com o pronunciamento judicial.

A segunda teoria entende serem os embargos mera defesa do suposto devedor e que seria inconveniente reconhecer-se estes como ação, pois acarretaria a inversão dos pólos ativo e passivo como ocorre nos embargos ao processo executivo, bem como acarretaria uma subversão no processo, pois sendo ação proposta, estaria invertendo o ônus da prova.

Este é o entendimento de NELSON NERY JUNIOR<sup>33</sup>, para quem os embargos ao mandado monitório *têm característica de defesa, de oposição à pretensão monitória, não se confundindo com os embargos do devedor, somente cabíveis no processo de execução stricto sensu, não instaurando assim novo processo.*

No mesmo sentido entende J.E CARREIRA ALVIN<sup>34</sup>, ao explicar que *os embargos monitórios mais não são, pois, do que um meio de defesa, introduzindo no âmbito do mesmo processo de conhecimento um novo procedimento de primeiro grau, devolvendo ao juiz o reexame completo, de fato e de direito, da relação jurídica controvertida.*

A adoção de uma ou outra teoria acima apresentadas irá influenciá-las sobremaneira nas demais fases do processo monitório, porquanto os atos desencadeados com base nestes entendimentos se contrapõem.

Parece-nos mais coerente entender que efetivamente os embargos ao mandado monitório são mera defesa, e, não obstante, toda e qualquer matéria que diga respeito ao suposto crédito, bem como à formação do título que se pretende, deva ser oferecida pelo réu neste momento processual, sob pena de aplicar-se o princípio da eventualidade, precluindo, portanto, o direito de opor-se, após esta fase, com matérias outras não suscitadas anteriormente, nada impedindo porém que no curso da demanda promova a produção de provas que entender cabíveis.

O Professor EDUARDO TALAMINI<sup>35</sup> refuta alguns dos entendimentos acima, analisando que alguns dos critérios utilizados para concluir quanto à natureza dos embargos monitórios seriam inadequados para que haja uma efetiva conclusão quanto a sua natureza.

Tais critérios ditos irrelevantes dizem respeito especificamente quanto: a) delimitação das matérias veiculáveis e das provas admissíveis; b) cabimento de intervenção de terceiros; c) distribuição do ônus probatório; d) determinação do procedimento cabível, e; e) forma de cientificação do embargado.

A *contrario sensu*, EDUARDO TALAMINI<sup>36</sup> descreve que haverá relevância sim na verificação da natureza quando diga respeito a prazo para resposta do embargado, e, ainda, haverá extrema relevância no que diz respeito às questões atinentes à causa de pedir (coisa julgada, extensão do efeito devolutivo da apelação, conhecimento de ofício de objeções materiais).

Por fim, EDUARDO TALAMINI<sup>37</sup> conclui que a *nossa legislação ao tratar sobre a monitoria estabeleceu que o mandado ficará suspenso, quando forem interpostos embargos (art. 1.102c, caput). Previu também que, julgados improcedentes os embargos, o mandado inicial irá se converter de pleno direito em "título executivo" (art. 1.102c, § 3º), independentemente de sentença final.*

Ainda segundo TALAMINI<sup>38</sup>, *isso basta para descartar que os embargos do art. 1.102c sejam "contestação". Pois, constituem, nitidamente*

*te, forma incidental de desconstituição do provimento inicial e (ou) de reconhecimento da inexistência do crédito - o que, no sistema processual brasileiro, é feito através de nova demanda, geradora de outro processo.*

Não obstante as teorias dominantes quanto à natureza dos embargos monitorios, PAULO HOFFMAN<sup>39</sup>, fugindo ao convencional, entende que *os embargos monitorios não são ação desconstitutiva nem contestação, mas uma medida impugnativa própria e específica do processo monitorio, algo semelhante à figura da objeção de pré-executividade.*

PAULO HOFFMAN<sup>40</sup> baseia-se, sobretudo, no entendimento de que o mandado monitorio que se constitui em título executivo judicial e, portanto, se os embargos fossem encarados como contestação na forma do processo ordinário, a sentença ao final proferida é que seria o título executivo judicial.

Ao contrário, este mesmo autor entende que se encarados os embargos como ação autônoma desconstitutiva, não haveria justificativa para formação de título executivo judicial com a sua improcedência.

Assim, verificadas as teorias quanto à natureza dos embargos monitorios e as conseqüências de seu oferecimento, resta verificar também as conseqüências do seu *não oferecimento*.

Segundo NELSON NERY JUNIOR<sup>41</sup> o réu, citado, possui duas atitudes a seguir: a) ou cumpre o mandado, pagando a quantia ou entregando a coisa certa ou incerta, ficando isento de custas e honorários (CPC 1102c, §1º) ou, b) opõe embargos ao mandado monitorio.

Ocorre que o réu, citado, pode ainda tomar outra atitude, ou seja, *silenciar*, não pagando portanto a quantia reclamada, não entregando a coisa e também não oferecendo embargos.

A conseqüência de seu silêncio é a constituição de pleno direito do título executivo (CPC 1102c, *fine*), permitindo desde logo, ao credor, o prosseguimento da ação monitoria, agora como ação de execução.

Da mesma forma acontecerá se, opostos embargos, estes não forem conhecidos.

Em regra, quanto à sentença que julga a ação monitoria, tendo ocorrido o efetivo contraditório e possibilitada às partes a produção de todas as provas que entenderam cabíveis, ou seja, efetiva cognição exauriente, que sói acontecer no processo de conhecimento, não há dúvidas que tal decisão dá azo a formação de *título executivo judicial*.

Ocorre que há divisão na doutrina quanto à decisão proferida na ausência de oposição pelo devedor, ou ainda quando rejeitada sem que tenha havido julgamento do mérito propriamente dito.

Para CRUZ E TUCCI<sup>42</sup>, *rejeitados os embargos ao mandado por sentença de mérito, transitada esta em julgado, nenhum questionamento poderá mais ser feito no âmbito de futuros embargos à execução acerca daquilo que foi definitivamente decidido.*

Ao contrário, entende que *a falta de oferecimento dos embargos ao mandado produzirá uma preclusão de menor calibre, visto que a formação do título se deu de modo unilateral, isto é, sem a efetivação do contraditório acerca dos fatos deduzidos na ação monitória.*

Mais adiante, este mesmo autor, ao tratar da defesa do agora executado através de embargos à execução pelo título formado, sem que tenha havido oposição ao mandado monitório, esclarece o seguinte:

*“Os embargos (à execução), portanto, quando tenha ficado inerte o demandado no processo da ação monitória, serão de cognição plenária, segundo o disposto no art. 745 do Código de Processo Civil, podendo o embargante suscitar, “além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”, inclusive e principalmente aquela concernente a fato superveniente, assegurando-se-lhe, destarte, todos os meios regulares de oposição ao processo executivo”.*<sup>43</sup>

Neste mesmo sentido é o entendimento de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

*“Contudo, na hipótese de não ter havido oposição ao mandado monitório, tendo decorrido in albis o prazo de 15 dias para contestar, o mandado liminar convola-se em título executivo. Esse título executivo judicial, agora, formou-se fora do contraditório. Hoje a garantia do contraditório não é formal, é uma garantia efetiva e real, que assegura o contraditório efetivo e não apenas a possibilidade de contraditório. Podemos harmonizar tudo isso com a antecipação de cognição, como o mandamento inicial inaudita altera parte, desde que se dê ao executado a possibilidade de embargar com a cognição extensa do art. 745 do Código de Processo Civil. Nesse ponto, a execução*

*será por título judicial, sem dúvida, mas o âmbito de conhecimento do juiz nos embargos deve ser o mais completo possível para equilibrar a situação que levou à constituição de um título executivo judicial fora do contraditório.*"<sup>44</sup>

Tais entendimentos são veementemente refutados pelo professor VICENTE GRECO FILHO, ao entender que a sentença que julga em face do silêncio do réu, ou rejeita liminarmente os embargos, está acobertada pela eficácia preclusiva da *res judicata*, *verbis*:

*"Há que se observar que o "título judicial", constituído de pleno direito pela não apresentação dos embargos ou sua rejeição, é um título judicial sem sentença que existe nos moldes do processo de conhecimento. Trata-se de título judicial por equiparação e não pela natureza do provimento.*

*Evidentemente é um título judicial sui generis, porque o título é a resultante do documento + provimento judicial interlocutório + fato da não apresentação ou rejeição dos embargos.*

*O legislador fez a equiparação para afastar a possibilidade de virem a ser argüidas questões anteriores a ele, ainda que não objeto dos embargos.*

*Não concordamos, pois, data venia, com José Rogério Cruz e Tucci, que limita a preclusão à matéria efetivamente decidida nos embargos, porque, se assim fosse, o título não seria judicial. Parece-nos que a preclusão é toda a do art. 474, ainda que não tenha havido sentença propriamente dita. O fato de não ter havido contraditório pleno e efetivo não implica no rebaixamento de um título considerado judicial por força de lei a uma categoria inferior (porque atacável com outros fundamentos) ao do título judicial sentencial.*

*A diferença quanto à impugnabilidade de títulos constituídos em processo com contraditório efe-*

*tivo ou contraditório ficto é própria dos países que adotam a figura do processo contumacial e não do Brasil, em que, havendo, ou não, o contraditório efetivo, desde que se tenha dado a oportunidade de fazê-lo, o título tem os mesmos motivos de impugnação. Isto é, tenha sido o réu citado por edital e tenha permanecido revel ou tenha ele efetivamente contestado, a sentença terá exatamente os mesmos efeitos e mesmos meios de impugnação. Transportando o paralelo para o procedimento monitorio temos que, tenha ou não havido embargos, tenha ou não o réu argüido toda a matéria possível, rejeitados estes constitui-se o título judicial, que somente poderá ser impugnado nos casos de ação rescisória. Não será, porém, por ação rescisória, que pressupõe sentença de mérito, mas por ação anulatória ou declaratória de nulidade. Contudo, nos casos do art. 485, é óbvio que se o que se pretende atacar é a sentença dos embargos transitada em julgado, o instrumento adequado será mesmo a ação rescisória."<sup>45</sup>*

Sem embargo dos doutos entendimentos acima esposados, há que se recordar que o processo aqui tratado em nada se assemelha aos paradigmas existentes, devendo pois existir um meio termo em face da polarização de entendimentos.

Não obstante, cumpre referir que ao aceitar-se a possibilidade do devedor/executado de embargar a execução, usando da faculdade do artigo 745 do CPC, quando não apresentada oposição ao mandado monitorio, ou rejeitados liminarmente, obrigatoriamente deverá reconhecer-se que o documento escrito apresentado pelo autor com a inicial teve suprida a característica de certeza, em decorrência da decisão proferida, que na verdade nada mais fez do que manter a eficácia do mandado inicial, conforme já anteriormente argumentado.

O reconhecimento da certeza do documento, juntamente com a liquidez e a *exigibilidade*, necessárias desde o ajuizamento da demanda, lhe dariam, portanto, a qualidade efetiva de *título executivo extrajudicial*.

### 3.3 Conclusões Quanto ao Procedimento

GELSON FISCHMANN reconhece o desenvolvimento do processo em duas fases:

*"O procedimento monitorio divide-se em duas fases: a primeira que inicia com o ajuizamento da demanda através da petição inicial e finda com o término do prazo para cumprimento do mandado ou apresentação dos embargos. Essa a fase monitoria propriamente dita. O procedimento monitorio de rito especial encerra-se ou com o cumprimento do mandado, ou com a constituição do título executivo se os embargos não forem opostos ou, finalmente, pela interposição dos embargos.*

*A partir da interposição dos embargos inicia-se a segunda fase, que será então idêntica à ritualidade de qualquer demanda condenatória plenária de procedimento comum. Como é fácil perceber, esta segunda fase pode não existir, pois dependerá de que sejam interpostos embargos."<sup>46</sup>*

Reconhecer-se, portanto, comportar o procedimento monitorio duas fases, é reconhecer da mesma forma estar-se diante de um procedimento unitário, embora dividido por duas fases processuais.

Neste sentido, CRUZ E TUCCI<sup>47</sup> refere GOLDSCHIMIDT, que entende que a conversão em procedimento ordinário que se verifica a partir da resistência do devedor nada mais representa que a continuação do procedimento monitorio.

### 3.4 Sentença e Recurso

Ao reconhecer-se que o processo monitorio possui duas fases, a exemplo de outros procedimentos especiais, tais como a ação de prestação de contas, estar-se-á diante de mais de uma decisão num mesmo processo, inclusive com a possibilidade de meios de impugnação, destas decisões, diversos.

Embora a terminologia usada no presente tópico seja de sentença, entendemos que o mais apropriado seria utilizar decisão, cujas razões serão devidamente esclarecidas ao final.

### 3.4.1 Decisão Liminar

Conforme anteriormente esclarecido, especificamente no tópico que diz respeito à natureza jurídica do processo monitorio, o juiz ao receber a inicial irá exercer um juízo de valor, a fim de verificar, dentre os pressupostos da ação, a possibilidade de dar seguimento ao procedimento monitorio, tendo por base os documentos apresentados, expedindo, se for o caso, o mandado monitorio.

Acaso verificado que inexistem condições para ser dado prosseguimento ao feito, o magistrado pode extinguir a ação sem julgamento do mérito, por lhe faltar qualquer das condições, sendo, portanto, tal decisão terminativa do feito, e, sendo assim, atacável através do recurso de apelação.

Ao contrário, ao verificar a possibilidade de dar prosseguimento ao feito, irá determinar, liminarmente, a expedição de mandado monitorio contra o réu.

Há efetivamente conteúdo decisório na expedição deste mandado liminar, porquanto, embora tenha ocorrido uma verificação sumária dos fatos apresentados pelo autor, existe aí uma sentença de caráter mandamental, não obstante parte da doutrina entender que seria decisão com conteúdo e eficácia de natureza condenatória.

O professor CARREIRA ALVIN assim manifesta-se quanto a esta decisão:

*"Dadas as características desse procedimento, o juiz ao reconhecer como hábil a prova exibida pelo autor para instruir a ação monitoria emite decisão que importa no reconhecimento (que pode ou não ser final) da existência do crédito e, portanto, do mérito da pretensão substancial."*<sup>48</sup>

Portanto, tal expedição de mandado liminar, reconhecida como decisão, no entender de CARREIRA ALVIN<sup>49</sup> tem, sob o aspecto processual, forma de *interlocutória*, e, sob o aspecto substancial, o conteúdo de sentença, tudo dependendo do devedor, pois, caso inexistir oposição por parte deste, deixará de ser liminar para tornar-se definitiva.

Também VICENTE GRECO FILHO<sup>50</sup> entende ser a decisão que expede o mandado de pagamento ou entrega da coisa, agravável.

Em sentido contrário, entende NELSON NERY JUNIOR<sup>51</sup> que da decisão que defere a expedição do mandado monitorio não caberia qualquer tipo de recurso, pois faltaria interesse recursal do réu, já que sua defesa poderá ser feita através dos embargos.

Saliente-se ainda que se tornando definitiva a decisão liminar, quer pelo silêncio do réu, quer pela rejeição liminar dos embargos, tal decisão, a exemplo da decisão que expede o mandado liminar, tem eficácia de coisa julgada material, convertendo-se o mandado liminar em mandado executivo.

Da mesma forma, desafia tal decisão o recurso de agravo de instrumento, pois também não põe fim ao processo, que agora seguirá como execução.

### 3.4.2 Decisão nos Embargos Monitórios

Analisada a primeira fase do procedimento monitorio e verificadas suas decisões e recursos cabíveis, cumpre passar à análise da sua segunda fase, que conforme anteriormente argumentado, principia com o oferecimento de embargos ao mandado monitorio pelo réu.

Primeiramente, cabe analisar a decisão que rejeita os embargos, cumprindo referir o entendimento de J.E CARREIRA ALVIN<sup>52</sup>, para quem *uma vez opostos os embargos, não podem ser liminarmente rejeitados, do mesmo modo como não pode ser rejeitada in limine a defesa (contestação) oferecida na ação ordinária. Salvo, evidentemente, se intempestivos.*

Ousamos discordar do entendimento acima, uma vez que não somente a intempestividade pode ser causa de rejeição dos embargos, citando apenas para exemplificar que a flagrante ilegitimidade de parte também pode ser causa para tanto.

Rejeitados, portanto, os embargos, incidirá a regra do artigo 1.102c, § 3º, do CPC, constituindo-se de pleno direito o título executivo, ou, no entender de alguns, passa a ter plena eficácia o mandado monitorio, que estava suspenso pela interposição daqueles.

Para NELSON NERY JUNIOR<sup>53</sup>, *o ato que indefere liminarmente os embargos não é sentença, porque não encerra nenhum processo, já que os embargos são defesa e não se processam em separado*, porém, tal é uma decisão interlocutória, sujeitando-se ao agravo de instrumento.

Neste sentido, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cumprindo transcrever o seguinte acórdão:

*“Processual civil. Ação monitoria. Oposição do réu ao mandado de pagamento através de peça designada contestação. Rejeição liminar. Presente acirrada controvérsia da natureza jurídica da oposição do devedor ao mandado de pagamento no monitorio, não se considera erro sua de-*

*signação como contestação, nem é causa de rejeição liminar dos embargos. Recurso cabível. A rejeição dos embargos à ação monitoria deve ser tratada como decisão interlocutória, e de consequência reclama agravo de instrumento, porque nesse caso a extinção da ação não coincide com a extinção do processo (monitorio). Decisão reformada".<sup>54</sup>*

Verificada a natureza da decisão que indefere liminarmente os embargos, cumpre verificar a natureza da decisão que os julga.

Para ELAINE HARZHEIM MACEDO:

*"A sentença proferida nos embargos e que apreciar a lide de direito material é sentença de mérito, que alcança a res judicata, na sua carga declaratória."<sup>55</sup>*

Esta mesma autora verifica as duas situações, inclusive quanto à carga sentencial desta sentença, que podem ser de: a) acolhimento dos embargos e, b) improcedência dos embargos.

Quanto à primeira:

*"Assim, se reconhecer à inexistência do crédito alegado pelo autor, quer por fato modificativo, extintivo ou impeditivo demonstrado pelo embargante, tal declaração não poderá mais ser rediscutida em novo processo. Sua eficácia predominante, porém, não é a declaratória, mas sim a constitutiva negativa. A relação de crédito que sustentou a propositura da ação especial passa a ser desconstituída pela sentença de procedência dos embargos".<sup>56</sup>*

Quanto à segunda:

*"...a sentença de improcedência dos embargos do artigo 1.102c goza de igual eficácia das sentenças condenatórias proferidas no processo de cognição tradicional - declara a existência do crédito, exorta o devedor ao pagamento e constitui título executivo judicial, instrumentalizando o autor da ação*

*monitória, até então sujeito de uma relação de crédito plausível, mas não certa, mero provável credor, agora transformado em credor exequente, reconhecendo-se, outrossim, a indiscutibilidade de sua eficácia declaratória, qualificada que fica pela coisa julgada.*"<sup>57</sup>

Em ambos os casos a consequência premente é a extinção da ação com efetivo julgamento de mérito, conforme anteriormente argumentado e, portanto, ambas decisões desafiam o *recurso de apelação*.

Faz-se necessário, a fim de concluir o presente estudo, verificarem-se os efeitos do recurso de apelação interposto da decisão que julga improcedentes os embargos.

A regra do código processual quanto ao recurso de apelação é o seu recebimento nos efeitos *devolutivo e suspensivo*.

Torna-se interessante verificar se a sentença de improcedência dos embargos ao mandado monitório teria o mesmo condão de possibilitar o seguimento de forma definitiva da execução, a exemplo do que ocorre com o julgamento de improcedência dos embargos do devedor, ou seja, se haveria que se aplicar por analogia à regra do artigo 520, inciso V, do CPC ao procedimento monitório.

A doutrina neste aspecto não é unânime, embora em sua maioria entenda que as exceções previstas no artigo 520 do CPC são taxativas, impossibilitando assim que se aplique por analogia tais regras.

A jurisprudência neste aspecto pende ao encontro da maioria da doutrina, cumprindo transcrever seu entendimento inserto no seguinte acórdão:

*"Agravo de instrumento. Efeitos da apelação interposta contra sentença que desacolhe embargos em ação monitória. Hipótese não elencada no art. 520 do CPC. Recurso provido."*<sup>58</sup>

Tem-se, assim, que a interposição de embargos ao mandado monitório, ou como entendem alguns, apresentação de defesa pelo réu, faz com que a ação monitória tome o rumo de processo de conhecimento, terminando ao final com sentença, quer de procedência ou improcedência da ação, acatando ou rejeitando os embargos/defesa, desafiando o recurso de apelação, sujeito às regras do artigo 520, caput, qual seja seu recebimento no duplo efeito.

## 4 Considerações Finais

Embora a grande maioria da doutrina tenha recepcionado a ação monitória como um grande benefício ao credor, uma vez sua finalidade de rapidez na elaboração de título executivo, procurando assim fugir ao demorado processo de conhecimento de cognição exauriente, observa-se que no mais das vezes não é o que ocorre.

Institucionalizou-se no país a política do devedor, que encontra guarida, sobretudo, no judiciário, sob o pretexto de tratar-se este mesmo devedor de parte hipossuficiente, em detrimento assim do credor que, mesmo possuindo título executivo, não recupera seu crédito.

Entendemos, assim, que a ação monitória trouxe mínimos benefícios aos credores, uma vez que a regra, assim como ocorre na execução aparelhada por título, é ser embargada, remetendo-se a formação do título ao demorado processo de conhecimento.

Não se conseguiu dar a este instituto a efetividade necessária, bem como, conforme verificado ao longo do trabalho, a doutrina continua apegada em premissas ultrapassadas cujos resultados têm-se mostrado insatisfatórios.

Há efetivamente que se criarem instrumentos processuais que dêem eficácia aos direitos dos detentores de créditos, porém, há também que se afastar dos paradigmas existentes, e porque não ousar na criação de novos institutos, e não simplesmente na utilização de modelos europeus, que embora consagrados em seus países, têm sua aplicabilidade limitada muitas vezes por meras questões culturais.

## Notas

- 1 CALAMANDREI, Piero. *Sulla struttura del procedimento monitorio nel diritto italiano*. Studi senesi, 1923. p. 186, e, depois, in *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*. Milano: Unitas, 1926. p. 7.
- 2 SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, p. 685.
- 3 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1996. p.1.282.
- 4 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação Monitória*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997, pág. 68.
- 5 *Op. Cit.*, pág. 69.
- 6 MEIRELES, Edilton. *Natureza da Ação Monitória*, in Revista de Processo nº 89/234. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 240.
- 7 CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. volume I, Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000, p. 201.
- 8 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Monitória*. In Revista Jurídica Consulex nº 6 ano de 1997, p. 23.

- 9 GRECO FILHO, Vicente. **Considerações sobre a Ação Monitória**. In Revista de Processo nº 80/155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 155.
- 10 *Op. Cit.*, pág. 24.
- 11 ALVIN, J.E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 4ª ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Ed. Del Ray, 1999, pág. 405.
- 12 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume I, 5ª edição, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 121e 125.
- 13 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 332.
- 14 *Op. Cit.*, pág. 69.
- 15 MACEDO, Elaine Harzhein. **Da Ação Monitória**, in Inovações do Código de Processo Civil. 2ª tiragem - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pág. 235/236.
- 16 *Op. Cit.*, pág. 1.282.
- 17 *Op. Cit.*, pág. 156.
- 18 Apelação cível nº 70004785309, nona câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Rejane Maria Dias De Castro Bins, Julgado em 20/11/02.
- 19 Apelação cível nº 70002209930, décima oitava câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/03/01.
- 20 Apelação cível nº 70000477281, décima quinta câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Vicente Barrôco De Vasconcellos, Julgado em 09/02/00.
- 21 *Op. Cit.*, pág. 72.
- 22 *Op. Cit.*, pág. 384.
- 23 *Idem*, pág. 72.
- 24 *Op. Cit.*, pág. 434/435.
- 25 Agravo de Instrumento nº 70004620282, segunda câmara especial cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. , julgado em 14/11/02.
- 26 Agravo de Instrumento nº 198702342, sexta câmara cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Des. Ilton Carlos Dellandrea, julgado em 02/04/98.
- 27 *Op. Cit.*, pág. 422.
- 28 *Op. Cit.*, pág. 69.
- 29 *Op. Cit.*, pág. 1.282.
- 30 *Op. Cit.*, pág. 241/242.
- 31 *Op. Cit.*, pág. 157.
- 32 *Idem*, pág. 157.
- 33 *Op. Cit.*, pág. 1.285.
- 34 ALVIN, J.E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 4ª ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Ed. Del Ray, 1999, pág. 415.
- 35 TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória: a ação monitoria - Lei 9.079/95**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, pag. 146.
- 36 *Idem*, págs. 150 e 151.
- 37 *Idem*, pág. 154.
- 38 *Ibidem*.
- 39 HOFFMAN, Paulo. **Monitória Efetiva ou Cobrança Especial?** - Uma proposta para que o processo monitorio atinja seus objetivos. in Revista de Processo nº 117/176. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, págs. 185 e 186.
- 40 *Idem*, pág. 186.
- 41 *Idem*, pág. 1.284
- 42 *Op. Cit.*, pág. 94/95.

- 43 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. Cit.* pág. 96.
- 44 *Op. Cit.*, pág.
- 45 *Op. Cit.*, pág.
- 46 *Op. Cit.*, pág. 361.
- 47 *Op. Cit.*, pág. 58.
- 48 *Op. Cit.*, pág. 415.
- 49 *Idem*, pág. 415.
- 50 *Op. Cit.*, pág. 157.
- 52 *Op. Cit.*, pág. 1.284.
- 52 *Op. Cit.*, pág. 429.
- 53 *Op. Cit.*, pág. 1.285.
- 54 Agravo de Instrumento nº 598151694, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Mara Larsen Chechi, Julgado em 08/09/98.
- 55 *Op. Cit.*, pág. 246.
- 56 *Ibidem*, pág. 246.
- 57 *Op. Cit.*, pág. 247.
- 58 Agravo de Instrumento nº 599423944, Segunda Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Orlando Heemann Júnior, Julgado em 06/10/99.

## Referências

- ALVIN, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 4ª ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Ed. Del Ray, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. **Sulla struttura del procedimento monitorio nel diritto italiano**. Studi senesi, 1923.
- \_\_\_\_\_. **Il procedimento monitorio nella legislazione italiana**. Milano: Unitas, 1926.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. volume I, Tradução Adrian Sotero de Witt Batista, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação Monitoria**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- FISCHMANN, Gerson. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 14: Dos Procedimentos Especiais, arts. 982 a 1.102c. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação Monitoria**. In Revista Jurídica Consulex nº 6; ano de 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Considerações sobre a Ação Monitoria**. in Revista de Processo nº 80/155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HOFFMAN, Paulo. **Monitoria Efetiva ou Cobrança Especial?** - Uma proposta para que o processo monitorio atinja seus objetivos. In Revista de Processo nº 117/176. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MACEDO, Elaine Harzhein. **Da Ação Monitoria**, in Inovações do Código de Processo Civil. 2ª tiragem - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MEIRELES, Edilton. **Natureza da Ação Monitoria**, in Revista de Processo nº 89/234. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1996.
- SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume I, 5ª edição, São Paulo: RT, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória: a ação monitória - Lei 9.079/95**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

# O Prequestionamento nos Recursos Especial e Extraordinário

**Roberto Carlos Martins Pires**

*Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro  
Bacharel em Direito e Ciências Contábeis pela  
Universidade Gama Filho/RJ  
Pós-graduado pela ESA/RJ*

**RESUMO:** A interposição dos Recursos Especial e Extraordinário sempre foi cercada de nebulosidade em decorrência dos diversos entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. Pretende-se esclarecer os principais pontos a respeito desta matéria de forma prática e objetiva, municiando o profissional do direito de uma ferramenta de consulta que possa nortear seus trabalhos e minimizar os riscos de ver o recurso interposto obstaculizado por um entendimento jurisprudencial. Apresentam-se também sugestões visando clarificar e padronizar os entendimentos evitando assim que o profissional fique sujeito à subjetividade do julgador.

**Palavras-chave:** recurso especial, extraordinário - interposição

## 1 Considerações Iniciais

Quem atua nos tribunais de segunda instância tem enfrentado a dificuldade de conseguir fazer chegar aos Tribunais Superiores os Recursos Especial e Extraordinário.

A burocratização para obter todos os pressupostos necessários à perfectibilidade do recurso, o entendimento pessoal de cada Desembargador e a constante negativa de prestação jurisdicional em responder ao pedido de prequestionamento das partes contribuem para esta dificuldade de quem advoga.

Erra quem imagina que a imposição de tais burocratizações reduz o volume processual dos Tribunais, pois na prática gera novos recursos

de agravo de instrumento e embargos de declaração, movimentando ainda mais a máquina judiciária com novas necessidades de análise, novas publicações, etc.

Chegamos a situações insustentáveis, com casos onde se torna necessária - a prevalecer os entendimentos atuais - a interposição de Recurso Especial para o STJ apenas para obrigar o Tribunal a *quo* se manifestar acerca de prequestionamento efetuado pela parte e por ele ignorado para, somente depois dessa ida e vinda dos autos, iniciar o prazo de interposição do Recurso Especial (ou Extraordinário) agora sim atacando o mérito.

Nos limitaremos à análise do requisito do prequestionamento, sintetizando o posicionamento atual, para concluirmos ao final com sugestões de melhorias e padronização na interposição desses dois recursos extremos, evitando que as partes fiquem à mercê de entendimentos individuais de magistrados.

## 2 Regra Básica do Pquestionamento

Em linhas gerais, se a matéria não houver sido prequestionada pelo advogado e não tiver sido enfrentada pelo acórdão do Tribunal, não se admite o recurso.

LEONIDAS CABRAL DE ALBUQUERQUE<sup>1</sup> muito bem sintetiza a regra básica do prequestionamento hoje aplicada:

*"Somente poderá ser submetida à reapreciação do tribunal a matéria que foi previamente controvertida e decidida pelo órgão recorrido. Se não decidiu a respeito, foi omissa. Se a omissão não é suprida na via dos embargos declaratórios, torna-se impossível ao recorrente obter, a seu respeito, pronunciamento do tribunal."*

Vale dizer que os embargos declaratórios não podem suscitar matéria nova, devem sim reiterar questão que tenha sido previamente levantada, seja em apelação ou em contra-razões, até porque se assim não fosse estaríamos pós-questionando, bem como infringindo a regra do efeito devolutivo do recurso, onde o Tribunal a *quo* somente irá se pronunciar acerca das matérias devolvidas nas razões do recurso.

Em relação à questão, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>2</sup> informa:

*"... o recurso será cabível quando a 'decisão recorrida' incorrer numa das alíneas dos arts. 102, inc.III,*

*e 105, inc. III, da CF. Em conseqüência, aquilo que não tiver sido objeto de decisão não pode ser alvo do recurso. A Constituição Federal não abre qualquer exceção a tal pressuposto. Daí se inferir que a questão que não tenha sido objeto da decisão recorrida não poderá ser objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial."*

## 2.1 Previsão Constitucional ?

Acerca do prequestionamento decorrer ou não de previsão constitucional há debate na doutrina. ALCIDES MENDONÇA LIMA<sup>3</sup> argumenta:

*"Em nenhum dispositivo de Código ou lei esparsa, aparece o pressuposto do prequestionamento, para justificar admissibilidade ou o conhecimento do recurso especial ou do recurso extraordinário..."*

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>4</sup>, também no mesmo sentido:

*"O prequestionamento, contudo não é previsto na Constituição Federal [...] para nós, o que exige a Constituição Federal é que a questão federal ou constitucional esteja presente na decisão recorrida, o que não equívale a prequestionamento, o qual deve ocorrer necessariamente antes da decisão recorrida."*

Em entendimento contrário, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA<sup>5</sup>, informa:

*"Este requisito [prequestionamento] de admissibilidade decorre do próprio texto constitucional, que admite o recurso extraordinário e o recurso especial apenas contra 'causas decididas'. Assim sendo, é preciso que a matéria objeto do recurso haja sido suscitada e decidida pelo órgão a quo, para que possa ser apreciada no recurso excepcional."*

Em que pese abalizadas opiniões em contrário, nosso posicionamento é no sentido de que não há obrigatoriedade constitucional ou legal de prequestionamento, pois o que a Constituição Federal prevê é que a cau-

sa tenha sido decidida e não suscitada. Assim, se torna irrelevante o fato de as partes terem ou não prequestionado qualquer matéria: se a decisão violou, por si só, o preceito constitucional ou federal, caberá respectivamente o Recurso Extraordinário ou o Recurso Especial.

Imaginem a situação: nenhuma das partes suscitou a inconstitucionalidade de determinado artigo de lei. O Tribunal, ao julgar, afirma expressamente que entende que determinado artigo é contrário à Constituição Federal, e por isso não o aplicará ao caso em espécie. O que teríamos para prequestionar aqui?

Devemos ressaltar que nosso posicionamento é minoritário. É por isso, neste trabalho, analisaremos as situações pela ótica da jurisprudência majoritária, ainda que contrária à nossa convicção aqui demarcada.

### **3 O Prequestionamento sob o Entendimento do STF e STJ**

Passaremos agora a abordar, sob a luz da jurisprudência dominante, os entendimentos acerca do prequestionamento no STF e no STJ. Primeiro precisaremos entender qual é o momento adequado de se prequestionar e depois quando se considera prequestionada determinada questão.

#### **3.1 Momento do Prequestionamento**

O dever de prequestionar é de quem recorre e o seu momento é quando da interposição do recurso contra a decisão que violou dispositivo legal ou constitucional.

Se foi o juiz de primeiro grau que violou o dispositivo, é na apelação que se deve prequestionar. Se a violação ocorreu no segundo grau, o caminho para demonstrar o prequestionamento é necessariamente os dos embargos de declaração.

Se o acórdão de segundo grau manteve a sentença, dois são os caminhos por força de suas respectivas jurisprudências dominantes: Para o STF caso tenha sido implícita a negativa de vigência, deverá a parte interpor embargos de declaração visando explicitá-la; Para o STJ, por sua vez, tem sido admitida a negativa implícita. Por precaução, por não ser unânime tal entendimento, é aconselhável a interposição de embargos de declaração visando explicitar qualquer negativa implícita de vigência de dispositivo.

Vale ressaltar que apenas se considera prequestionada a questão quando o acórdão recorrido sobre ela decidiu e que tenha sido levantada

em apelação ou contra-razões, pois, se omissos, necessário será a apresentação de embargos de declaração reiterando o prequestionamento. Nesse sentido, a súmula 282 do STF: "Não é admissível o apelo extremo quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Quanto à matéria, vejamos o posicionamento do STF (gn):

*AGRAVO REGIMENTAL - Agravo regimental a que se nega provimento por não se encontrarem prequestionados, explicitamente, os dispositivos constitucionais dados como contrariados e também por versar matéria processual, relativa a pressupostos de admissibilidade de recurso trabalhista, o acórdão contra o qual se interpõe o recurso extraordinário. (STF - AGRAG 372071 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Ellen Gracie - DJU 30.08.2002 - p. 00085).*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CORRETAMENTE DENEGADO NA ORIGEM - AGRAVO IMPROVIDO - A configuração jurídica do prequestionamento - que traduz elemento indispensável ao conhecimento do recurso extraordinário - decorre da oportuna formulação, em momento procedimentalmente adequado, do tema de direito constitucional positivo. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido explicitamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária - Omissa a decisão judicial na resolução do tema suscitado, impõe-se, para efeito de cognoscibilidade do recurso extraordinário, o necessário oferecimento dos embargos de declaração, destinados a ensejar a explícita análise da quaestio juris pelo Tribunal a quo. (STF - AGRAG 165.825 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 22.11.1996).*

Também no STJ o tema é debatido (gn):

*PREVIDENCIÁRIO - TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - INSURGÊNCIA CONTRA APLICAÇÃO DE MULTA DECORRENTE DE FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO CIVIL - ARTIGOS 32, 33 E 92 DA LEI 8212/91 - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - 1. O prequestionamento implícito da questão federal é admitido pela jurisprudência do STJ e deve ser acatado no caso concreto, no tocante ao artigo 92 da Lei 8212/91, porquanto sistematicamente relacionado com os artigos 32 e 33 do mesmo diploma legal. [...] (STJ - REsp 470789 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 22.04.2003).*

*PROCESSUAL CIVIL - PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE NÃO VINCULA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL - PREQUESTIONAMENTO - 1. A convação ou o provimento de agravo de instrumento, originário de decisão que inadmitiu o Recurso Especial, não vincula o juízo de admissibilidade do relator que, entendendo presente uma das hipóteses do art. 557 do CPC, poderá negar seguimento ao recurso. 2. Inexistência de prequestionamento explícito ou implícito em torno dos dispositivos indicados no especial. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AGRREsp 298226 - SP - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 14.04.2003).*

*PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - 1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, ocorrendo emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais e não apenas simples menção dos mesmos, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto. 2. O prequestionamento implícito é admitido, desde que a tese defendida no especial tenha sido efetivamente apreciada no Tribunal recorrido à luz da legisla-*

*ção federal indicada. 3 Tese não prequestionada no voto recorrido, embora interpostos embargos de declaração - Súmula 211/STJ. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AGA 472819 - DF - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 10.03.2003).*

### **3.1.1 Quando o Próprio Acórdão é o Violador**

No caso de ocorrer ofensa à lei federal ou à Constituição no próprio acórdão, a jurisprudência do STF e do STJ divergem. O STF tem recentemente se direcionado para a necessária interposição do embargos de declaração prequestionando a questão. Já o STJ não exige tal conduta:

*STF - AGRAVO REGIMENTAL - 1. Se a alegada ofensa à Constituição surge com a prolação do próprio acórdão, impõe-se a oposição de embargos declaratórios, a fim de que seja suprido o requisito do prequestionamento - 2. Segundo reiterado entendimento deste Tribunal, não cabe recurso extraordinário para rediscutir matéria processual, relativa a pressupostos de admissibilidade de recurso trabalhista. 3. Agravo regimental improvido. (STF - AI-AgR 386618 - SP - 1ª T. - Relª Min. Ellen Gracie - DJU 19.12.2002 - p. 00075).*

*STJ - 1 - RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. Se a questão federal surge apenas no acórdão recorrido, sem que as partes tenham discutido ou provocado, não se exige prequestionamento ou interposição de embargos declaratórios para abertura da via do Recurso Especial. [...] REsp 39733 / RJ ; DJ 25/04/1994 PG:09268 Relator Min. ASSIS TOLEDO. Data da Decisão: 06/04/1994. Órgão Julgador: QUINTA TURMA STJ.*

Assim, caso o acórdão de segundo grau que tenha reformado a sentença seja o violador do dispositivo, o momento do prequestionamento será nos embargos de declaração, porque terá sido a primeira oportunidade após a afronta, o que se aconselha interpor, mesmo no caso de Recurso Especial, uma vez que os entendimentos apontados não são consubstanciados em normas jurídicas, mas apenas no pensamento individual do Ministro que à época proferiu o julgamento.

Nesse sentido, EDUARDO ARRUDA ALVIM e ANGÉLICA ARRUDA ALVIM<sup>6</sup>:

*"Para nós, os embargos declaratórios, nos termos da Sum. 282 e principalmente da 356 devem ser opostos no caso de omissão do acórdão quanto à apreciação da questão federal. Deveras, se o acórdão não aprecia a questão federal, não tem cabida o recurso especial. Cabem, aí, embargos declaratórios para suprir tal omissão (CPC, art.535-II), só depois estando aberto o caminho do recurso especial."*

### 3.2 Local do Prequestionamento

Outro ponto de relevância é compreender em qual parte da decisão deve constar a informação acerca do prequestionamento. Nesse ponto vale lembrar o que dissemos acerca da sentença em trabalho anterior <sup>7</sup>:

*"A sentença é composta por relatório, fundamentação e dispositivo, sendo que apenas este último transita em julgado, por força de expressa disposição do artigo 469 do CPC."*

Apenas o que constar no dispositivo será considerado para efeito de prequestionamento, uma vez que tanto o relatório como a fundamentação não farão coisa julgada.

Há exceção à regra acima exposta, situação que, infelizmente, vem se tornando habitual em nossos Tribunais quando o dispositivo limita-se a "julgar procedente - ou improcedente - nos termos da fundamentação (voto) supra". Neste caso, tanto o dispositivo quanto o voto serão abrangidos pelo manto da coisa julgada e conseqüentemente considerados para efeito de prequestionamento.

Em relação ao voto vencido é bom deixar claro que não integrando o dispositivo ou a fundamentação do acórdão conforme acima explicamos, também não poderá ser utilizado como atendimento ao requisito do prequestionamento. Nesse sentido a jurisprudência do STF (gn):

*VOTO VENCIDO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - Recurso extraordinário que se ressen-te do indispensável prequestionamento, posto que os temas constitucionais tidos por violados foram*

*abordados apenas no voto vencido do acórdão recorrido. Voto condutor que teve fundamento constitucional independente, não suscitado nas razões recursais. Precedentes (REs 118.479 e 215.083). Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AGRRE - 279557 - SC - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 16.03.2001 - p. 00099).*

*RE - PREQUESTIONAMENTO - VOTO VENCIDO - Não se configura o prequestionamento se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido cuidou do tema suscitado no recurso extraordinário, adotando fundamento independente, sequer considerado pela maioria. (STF - AGRAG 256130 - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 09.02.2001 - p. 00018).*

Também nesse sentido a jurisprudência do STJ (gn):

*PROCESSO CIVIL - CAUTELAR - AGRAVO INTERNO - FUMUS BONI IURIS - AUSÊNCIA - EXTINÇÃO - I - Sem que seja possível versar, no Recurso Especial a ser interposto, a matéria tratada na cautelar, falta a esta o requisito do fumus boni iuris, tornando-a incabível. II - Na linha da jurisprudência desta Corte, os fundamentos utilizados no voto vencido não se prestam à impugnação mediante Recurso Especial, carecendo este, no ponto, do requisito do prequestionamento. (STJ - AGRMC 6004 - DF - 4ª T. - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 17.03.2003)*

*RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - MASSA FALIDA - CORREÇÃO MONETÁRIA - PRECLUSÃO LÓGICA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - De forma alguma concedeu o Tribunal de origem benefício fiscal, mas sim definiu a consequência jurídica da concordância anterior do recorrente com o pedido formulado pela executada. Dessarte, consoante já ficou consignado no acórdão recorrido, preclusão houve, mas a atingir apenas o recorrente, uma vez que praticou ato incompatível com*

*posição anteriormente adotada no processo. Os temas da ocorrência de preclusão para a executada apontar o vício e a inconstitucionalidade ou inaplicabilidade do DL 858 não foram prequestionados pelo acórdão recorrido, uma vez que, embora o voto-vencido proferido pelo eminente relator tenha expressamente se manifestado sobre eles, os votos vencedores não trataram dessas questões, fixando-se apenas nos fundamentos já mencionados. Recurso especial não conhecido. Decisão por unanimidade. (STJ - REsp 127940 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Franciulli Netto - DJU 13.08.2001 - p. 00085).*

Em sentido contrário, o próprio STJ recentemente já admitiu prequestionada a matéria no voto vencido (gn):

*PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO QUE SE SUPRE PARA EXAMINAR TESE PREQUESTIONADA - IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - FATO GERADOR - MOMENTO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - INAPLICABILIDADE DO DECRETO 1.391/95 - 1. Tese examinada no voto vencido estando, portanto, prequestionada. 2. Jurisprudência pacífica do STJ, no sentido de que o fato gerador do imposto de importação ocorre com o registro da declaração de importação na repartição aduaneira, inexistindo incompatibilidade entre o art. 23 do Decreto-Lei 27/66 e o art. 19 do CTN. 3. Assim sendo, tem aplicação à hipótese dos autos o Decreto 1.427, de 30/03/95, e não o Decreto 1.391/95. 4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, para suprir omissão. (STJ - EARREsp 170163 - SP - 2ª T. - Relª Minª Eliana Calmon - DJU 05.08.2002).*

### **3.3 Negativa de Prestação Jurisdicional**

Problema grave - e infelizmente comum - ocorre quando ao interpor embargos de declaração com objetivo de sanar a omissão do prequestionamento o novo acórdão não se pronunciar acerca da questão suscitada, declarando inclusive não haver omissão.

Há notória negativa de prestação jurisdicional do Poder Judiciário, e, nessa situação, o que a jurisprudência majoritária orienta é a interposição de recurso especial por ofensa ao inciso II do artigo 535 do CPC<sup>8</sup>, além do que também ofende os incisos XXV, LIV e LV do art. 5º da CRFB.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ (gn):

*PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - ACÓRDÃO QUE NÃO EXAMINA EXPLICITAMENTE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS SUSCITADOS NO CURSO DA LIDE, COM O OBJETIVO DE PREQUESTIONAR PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC - 1. As questões ventiladas no recurso devem ser examinadas pelo Tribunal dentro do ângulo constitucional ou infraconstitucional, como posto para apreciação. 2. É fundamental, para a parte, a obtenção de pronunciamento da Corte de Apelação a respeito dos dispositivos legais indicados como violados, a fim de que reste caracterizado o prequestionamento. 3. A importância deste pronunciamento judicial assume contorno de direito devido à omissão do órgão julgador, o qual não está obrigado a julgar apenas, mas a emitir juízo de valor para afastar os artigos de Lei indicados pela parte e que embasam as teses jurídicas discutidas. 4. Decisão que não aprecia explicitamente dispositivos constitucionais invocados desafia embargos de declaração que, dependendo do julgamento, acarretam violação ao art. 535 do CPC, caso permaneça a omissão apontada. 5. Tese defendida no especial que não enseja o pronunciamento desta Corte quanto à uniformização na interpretação do direito federal, configurando-se a tentativa do recorrente de revolver o caso concreto - Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial parcialmente provido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de origem para re julgamento dos embargos declaratórios, visando pronunciamento explícito em relação aos dispositivos constitucionais suscitados na lide. (STJ - REsp 327445 - RS - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 24.03.2003).*

*PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC - 1. As questões constitucionais ou infraconstitucionais suscitadas no recurso devem ser apreciadas pelo Tribunal a quo, a fim de que se caracterize o prequestionamento. 2. O prequestionamento, entendido como a emissão de juízo de valor pelo órgão julgador sobre os artigos referidos pelas partes, tem sua importância dimensionada principalmente quando se trata de recurso extraordinário, uma vez que o Supremo Tribunal Federal exige o debate explícito do dispositivo constitucional. 3. Voto recorrido que se omite com relação às questões levantadas em embargos de declaração acarreta violação ao art. 535, II, do CPC. 4. Recurso Especial provido, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para novo julgamento dos embargos declaratórios. (STJ - REsp 259450 - PE - 2ª T. - Relª Minª Eliana Calmon - DJU 18.02.2002 - p. 00302).*

Esse é o entendimento de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA<sup>9</sup>:

*"Interposto o recurso de embargos de declaração, e, mesmo assim, persistindo a omissão, caberá o recurso especial por violação ao art. 535 do CPC. Aponta-se, no caso, vício de atividade, cabendo a cassação da decisão recorrida."*

Vejam o absurdo jurídico criado: interpostos os competentes embargos de declaração e tendo o tribunal negado qualquer omissão, caberá Recurso Especial para o STJ, com base em negativa de prestação jurisdicional (art. 535, inciso II, do CPC). O processo seguirá para o STJ para apenas esta análise que, se entender ter ocorrido, determinará o retorno ao Tribunal *a quo* para que se manifeste explicitamente acerca da questão suscitada no prequestionamento. A partir desta nova decisão, flui novo prazo para interposição de mais um Recurso Especial e também eventual Extraordinário, mas agora sob a matéria do processo.

É uma burocratização desnecessária, atrelada a um formalismo técnico que, em nosso entender, está dissonante com os princípios básicos das reformas processuais que nosso diploma vem sofrendo.

Já se aplica nos tribunais o princípio da causa madura (art.515, § 3º), e, considerando nosso entendimento - minoritário - anteriormente afirmado de que não há previsão legal ou constitucional de obrigatoriedade de se prequestionar, seria salutar e racional permitir ao Tribunal Superior o julgamento direto da matéria principal: a negativa de vigência da lei ou da Constituição sob o caso em espécie, até porque, estaria na direção das reformas de nosso Código de Processo Civil.

### **3.4 Prequestionamento Implícito, Explícito e Numérico**

Retrato da dificuldade dos advogados em compreender os institutos do prequestionamento implícito, explícito e numérico decorre em parte do embate jurisprudencial entre o STF e STJ, que divergem em seus conceitos.

Para que possamos efetuar uma análise didática visando o entendimento da divergência apontada, iniciaremos com os nossos conceitos para depois adentrarmos nos entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

#### **3.4.1 Prequestionamento Numérico**

Prequestionamento numérico é aquele que faz menção expressa do dispositivo legal com vigência negada ou interpretação divergente.

Nesse sentido, muito bem definiu SAMUEL MONTEIRO<sup>10</sup>:

*"Considera-se prequestionamento numérico aquele em que a parte faz constar no tema respectivo a indicação da norma contrariada, da lei com a vigência negada, do dispositivo de lei federal com interpretação divergente ou do dispositivo da Constituição Federal ofendido direta e frontalmente pelo acórdão recorrido."*

#### **3.4.2 Prequestionamento Explícito**

Por prequestionamento explícito entendemos aquele cuja questão o acórdão tenha debatido e emitido juízo de valor, contrariando dispositivo legal ou dado interpretação divergente, sem que tenha citado expressamente o dispositivo legal aviltado.

### 3.4.3 Prequestionamento Implícito

Consideramos prequestionamento implícito aquele cuja questão o acórdão não debateu ou emitiu juízo de valor, mas o teor de sua decisão contrariou dispositivo legal ou lhe deu interpretação divergente.

### 3.4.4 O Entendimento do STF

O STF adota a mesma tônica conceitual que acima colocamos em relação ao prequestionamento numérico, explícito e implícito. Quanto à exigência para considerar a matéria prequestionada, tem adotado por jurisprudência majoritária a seguinte linha: não exige o numérico; exige o explícito e repudia o implícito. Prova disso é a súmula 282 do STF que informa: " É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"

Nesse esteira também temos as seguintes ementas (gn):

*AGRAVOS REGIMENTAIS - AUSÊNCIA DE MENÇÃO NUMÉRICA, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL TIDO POR VIOLADO - ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplo os EDAGRA 258.285, Relator Ministro Ilmar Galvão, para a configuração do prequestionamento não se exige a menção numérica dos dispositivos constitucionais tidos por violados, mas, sim, a análise, por parte da Corte a quo, dos temas neles tratados, circunstância que se verifica no caso em exame. Havendo sido provido o recurso extraordinário, com a total reforma do acórdão impugnado e, conseqüentemente, da sentença monocrática, impõe-se a inversão dos ônus sucumbenciais. Agravo regimental da empresa contribuinte a que se nega provimento. Agravo regimental do Estado de São Paulo provido. (STF - AGRE 301830 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 14.12.2001 - p. 00078).*

*AGRAVO REGIMENTAL - A atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que se a ofensa à Cons-*

*tituição só ocorreu implicitamente no acórdão objeto do recurso extraordinário, para haver o prequestionamento dela é necessária a interposição de embargos de declaração por omissão dele quanto à questão constitucional surgida originariamente, a fim de que se possibilite ao Tribunal a que sobre ela se manifeste. - No caso, a interposição desses indispensáveis embargos de declaração não ocorreu, inexistindo assim o prequestionamento das questões constitucionais relativas à violação da coisa julgada e do devido processo legal. Agravo a que se nega provimento. (STF - AI-AgR 339420 - DF - 1ª T. - Rel. Min. Moreira Alves - DJU 12.04.2002 - p. 60).*

*RECURSO - PREQUESTIONAMENTO - INCONSTITUCIONALIDADE - AUSÊNCIA DE EXAME - 1. O prequestionamento não exsurge de mera referência a matéria versada no relatório do acórdão impugnado. Diz-se pré-questionado determinado tema quando o Órgão julgador haja emitido juízo explícito a respeito de forma clara, porquanto o conhecimento do recurso não pode ficar ao sabor da capacidade intuitiva dos integrantes do Órgão, muito menos deve alicerçar-se na presunção do extraordinário - de decisão implícita contra expresso dispositivo legal. [...] (STF - AGRRE 175.505 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 12.05.1995).*

### 3.4.5 O Entendimento do STJ

Em relação ao STJ, há ligeira distorção de seus conceitos em relação aos nossos aqui apresentados, e por via de consequência, aos seguidos pelo STF.

Entende o STJ por prequestionamento explícito o que nós entendemos por numérico, e por prequestionamento implícito o que nós entendemos por explícito.

Assim, para este Tribunal o prequestionamento é explícito (numérico, em nossa definição) quando o acórdão contiver, expressamente, o dispositivo legal cuja vigência foi negada e implícito (explícito em nosso conceito) quando o tema tiver sido debatido sem referência explícita ao dispositivo.

Nesse sentido EDUARDO ARRUDA ALVIM e ANGÉLICA ARRUDA ALVIM<sup>11</sup>:

*"Algumas decisões caminham, todavia, no sentido de exigir que no acórdão local haja menção expressa ao dispositivo de lei federal dado por ofendido, sob pena de descabimento do especial por falta de prequestionamento.*

*Afigura-se-nos suficiente, para que se repute preenchido o requisito do prequestionamento, que a questão federal tenha sido tratada no acórdão recorrido. Não nos parece encontrar espeque no texto constitucional o entendimento que exige que o acórdão local haja feito menção expressa ao dispositivo de lei federal dado por ofendido."*

Quanto à exigência para se considerar prequestionada determinada questão, o STJ tem, majoritariamente, aceito o prequestionamento explícito (*rectius* numérico) e implícito (*rectius* explícito).

Abaixo, algumas ementas demonstrando a necessidade do prequestionamento explícito - *rectius* numérico - (gn):

*AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO APOIADA EM SÚMULAS - RECURSO ESPECIAL INVIÁVEL - 1. Decisão amparada em súmulas do STF e STJ não enseja o provimento de agravo regimental. 2. Inadmissível o recurso especial por envolver reexame de prova, falta de prequestionamento explícito e inexistência de demonstração analítica do dissenso pretoriano, o agravo de instrumento não merecia acolhida. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AGA 219703 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 17.06.2002).*

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - IPTU - MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO/SP - SÍTIO DE RECREIO - INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 E §§ DO CPC - INOCORRÊNCIA - CARÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER DA QUESTÃO RELATIVA À CORREÇÃO MONETÁRIA - O STJ É INCOMPETENTE PARA APRE-*

CIAR EVENTUAIS OFENSAS A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS - A FALTA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO INVIABILIZA O RECURSO ESPECIAL PELO FUNDAMENTO DA LETRA "A" - [...]. 5. As questões federais contidas nos arts. 6º, § único, da Lei nº 1.533/51, 302 e 348, do CPC não foram devidamente prequestionadas. 6. Recurso especial do qual não se conhece. (STJ - REsp - 215460 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 12.11.2001 - p. 00136).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF - REEXAME DA PROVA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL (SÚMULAS 07 E 05 DO STJ) - FUNDAMENTAÇÃO INCOMPLETA (SÚMULA 283/STF) - 1. Inviável o recurso especial pelo fundamento da letra "a", quando ausente o prequestionamento explícito do preceito contido no dispositivo de lei federal dito violado. 2. A teor de entendimentos sumulados desta Corte (Enunciados 05 e 07), é inadmissível interpretação de cláusula contratual e reexame da prova em sede de recurso especial. 3. A não impugnação de todos os fundamentos do acórdão atrai a incidência da Súmula 283/STF. 4. Recurso especial do qual não se conhece. (STJ - REsp - 279147 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - DJU 12.11.2001 - p. 00139).

Quanto à admissão do prequestionamento implícito - rectius explícito - temos (gn):

PREVIDENCIÁRIO - TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - INSURGÊNCIA CONTRA APLICAÇÃO DE MULTA DECORRENTE DE FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA PARA CONSTRUÇÃO CIVIL - ARTIGOS 32, 33 E 92 DA LEI 8212/91 - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - 1. O prequestionamento implícito da questão

*federal é admitido pela jurisprudência do STJ e deve ser acatado no caso concreto, no tocante ao artigo 92 da Lei 8212/91, porquanto sistematicamente relacionado com os artigos 32 e 33 do mesmo diploma legal. [...] 3. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ - REsp 470789 - RS - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 22.04.2003).*

**AGRAVO REGIMENTAL - APRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DE LEI LOCAL - INOCORRÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - POSSIBILIDADE - 1. Inocorrência de apreciação de matéria probatória para dirimir a controvérsia. 2. A aferição da aplicação de Lei local mais benéfica não implica na própria interpretação de Lei local se os seus dispositivos, e que não foram objeto de cognição. 3. Restando debatida a matéria controvertida no Recurso Especial posto apreciada no Tribunal recorrido à luz da legislação federal indicada, subjaz satisfeito o requisito do prequestionamento implícito, admitido pelo STJ. 4. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AGA 438122 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 07.04.2003).**

**PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - 1. Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, ocorrendo emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais e não apenas simples menção dos mesmos, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto. 2. O prequestionamento implícito é admitido, desde que a tese defendida no especial tenha sido efetivamente apreciada no Tribunal recorrido à luz da legislação federal indicada. 3 Tese não prequestionada no voto recorrido, embora interpostos embargos de declaração - Súmula 211/STJ. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AGA 472819 - DF - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 10.03.2003).**

*RECURSO ESPECIAL - PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO - TEMPO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULAS 282 E 356 DO STF - NÃO CONHECIMENTO - A jurisprudência deste STJ assentou, pacificamente, a orientação de que é de se exigir o prequestionamento, ao menos implícito, para a viabilização do acesso à via excepcional. Recurso não conhecido. (STJ - REsp 413960 - SC - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 19.12.2002).*

### **3.5 Nulidade Absoluta**

Em relação à nulidade absoluta, tanto o STF quanto o STJ exigem o prequestionamento:

*CONSTITUCIONAL - PENAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LV - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PREQUESTIONAMENTO - C.F., ARTS. 142, § 3º, VI, E 42, § 1º - I. - O acórdão recorrido não cuidou das questões constitucionais invocadas no RE. Ausente o necessário prequestionamento, incidem as Súmulas 282 e 356-STF. II. - Alegação de nulidade absoluta: exame inviável, dado que tal matéria não foi prequestionada no acórdão recorrido. III. - Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. IV. - R.E. inadmitido. Agravo não provido. (STF - AI-AgR 393589 - PR - 2ª T. - Rel. Min. Carlos Velloso - DJU 29.11.2002 - p. 00032).*

*CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA NÃO PREQUESTIONADA - Não é possível a declaração de eventual nulidade, ainda que absoluta, em sede de recurso extraordinário, em face da ausência de prequestionamento. Agravo desprovido. (STF - AGRAG 341431 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 14.12.2001 - p. 00054)*

*AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO ESPECIAL - IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - NECESSIDADE - PREQUESTIONAMENTO - NULIDADE ABSOLUTA - NECESSIDADE - I - A parte, ao recorrer, deve buscar demonstrar o desacerto da decisão contra a qual se insurge, refutando todos os óbices por ela levantados, sob pena de vê-la mantida. Não pode, em agravo interno, contestar os fundamentos da decisão recorrida por intermédio do agravo de instrumento. II - O prequestionamento, entendido como tal a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência da própria previsão constitucional do Recurso Especial, impondo-se como requisito inafastável ao seu conhecimento, ainda que se trate de nulidade absoluta, a não ser que decorrente do próprio julgamento. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AGA 454001 - RJ - 3ª T. - Rel. Min. Castro Filho - DJU 10.03.2003).*

*AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TEMPESTIVIDADE- [...] 3. Indispensável o prequestionamento no Tribunal a quo, mesmo tratando-se de questões relativas a nulidades absolutas, para que o tema possa ser objeto de exame nesta instância especial. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AGA 314788 - SP - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU 20.11.2000 - p. 295).*

## 4 Conclusões

Ressaltamos inicialmente a nossa posição inicial contrária à necessidade de prequestionamento, mas, rendendo à majoritária jurisprudência e doutrina, apresentaremos sugestões visando evitar o casuísmo e subjetivismo atualmente vivido nos Tribunais Superiores, que colocam o advogado à mercê de entendimentos individuais sem unicidade de conduta em uma mesma matéria.

Nesse sentido, SAMUEL MONTEIRO<sup>12</sup> se manifestou:

*"Criou-se em torno do conceito de prequestionamento um rigorismo exacerbado, uma 'torre de mar-*

*fim' imune à crítica (parodiando o grande e imortal ministro do antigo TFR - J. J. Moreira Rabelo), pois como vimos, o conceito de prequestionamento traduz um subjetivismo sem limite, que reflete apenas e tão-somente o pensamento de quem o emite, alheio a qualquer norma legal, enquanto inexistente esta."*

E complementa:

*"O que se condena no subjetivismo do prequestionamento é a ironia da falta de qualquer critério lógico: uma mesma hipótese, ora é considerada prequestionada; ora é dada como não prequestionada."*

Importante ressaltar que qualquer medida visando eliminar o casuismo e unificar os procedimentos parte necessariamente pela criação de lei alterando o Código de Processo Civil e regulamentando os requisitos para interposição do Recursos Especial e Extraordinário, principalmente quanto ao prequestionamento, devendo conter como diretrizes básicas:

- a) A definição de prequestionamento numérico, explícito e implícito para que haja igualdade de conceitos entre os Tribunais Superiores e determinação de qual deles será considerado para efeito de prequestionamento;
- b) Considerar prequestionada a matéria contida em qualquer parte do acórdão, inclusive no relatório e voto vencido, o que iria ao encontro da premente necessidade de ampliação dos limites da coisa julgada, que tivemos oportunidade de manifestar em trabalho anterior ;
- c) Eliminar a necessidade de interposição de Embargos de Declaração quando a matéria for acerca de nulidade do acórdão ou o próprio acórdão for o violador da norma;
- d) Adoção do princípio da causa madura quando da interposição de recurso com base no artigo 535 do CPC, por não ter se manifestado o Tribunal *a quo* acerca de prequestionamento suscitado, permitindo aos tribunais o enfrentamento direto da norma violada.

Assim, urge a criação de norma que elimine o casuismo jurisprudencial a que os advogados estão sujeitos ao desafiar as decisões dos tribunais de segundo grau com o Recurso Especial ou Extraordinário.

rio, não só para a segurança jurídica que envolve a questão mas como para a racionalização do trabalho nos tribunais, em consonância com as reformas que nosso diploma processual vem sofrendo.

## Notas

- 1 ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. **Admissibilidade do Recurso Especial**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1996. Pág. 88.
- 2 MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 255.
- 3 LIMA, Alcides Mendonça. **Prequestionamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 1993. Nº 692. Pág. 197.
- 4 MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 281.
- 5 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. Pág. 103.
- 6 ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. **Recurso Especial e Pquestionamento** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 176.
- 7 PIRES, Roberto Carlos Martins. **Coisa Julgada - Considerações e Necessidade de Ampliação de seus Limites**. Rio de Janeiro. Trabalho elaborado no curso de pós-graduação da ESA, 2004. Pág. 15-17.
- 8 Nesse sentido ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. **Recurso Especial e Pquestionamento** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 167.
- 9 MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 299.
- 10 MONTEIRO, Samuel. **Recurso Especial e Extraordinário e outros Recursos**. 2ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995. Pág. 56.
- 11 ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. **Recurso Especial e Pquestionamento** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pág. 166.
- 12 MONTEIRO, Samuel. **Recurso Especial e Extraordinário e outros Recursos**. 2ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995. Pág. 63.
- 13 PIRES, Roberto Carlos Martins. **Coisa Julgada - Considerações e Necessidade de Ampliação de seus Limites**. Rio de Janeiro. Trabalho elaborado no curso de pós-graduação da ESA, 2004. Pág. 15-17.

## Referências

- ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. **Admissibilidade do Recurso Especial**. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- ALVIM, Eduardo Arruda e ALVIM, Angélica Arruda. **Recurso Especial e Prequestionamento** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- LIMA, Alcides Mendonça. **Prequestionamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 1993.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MONTEIRO, Samuel. **Recurso Especial e Extraordinário e outros Recursos**. 2ª. Ed. São Paulo: Hemus, 1995.
- NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos** 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NEVES, FERNANDO CRESPO QUEIROZ. **A influência das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial** in Aspectos Polêmicos e atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PIRES, Roberto Carlos Martins. **Coisa Julgada - Considerações e Necessidade de Ampliação de seus Limites**. Rio de Janeiro. Trabalho elaborado no curso de pós-graduação da ESA, 2004.



# A segurança da Contratação no Ambiente Virtual: o Uso da Procuração na Certificação Eletrônica

**Alessandro Maciel**

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul  
Pós Graduando em Direito Empresarial pela PUC/RS*

**RESUMO:** O artigo trata de aspecto jurídico considerado relevante na segurança da contratação formalizada no ambiente virtual - a possibilidade do uso da procuração nos contratos eletrônicos realizados mediante certificação digital. Nesse aspecto, o artigo busca definir os contratos virtuais à luz da doutrina, assim como situá-los dentro da Teoria Geral dos Contratos, como instrumentos que não desvirtuam as características naturais dos demais contratos, exceto para questões que são peculiares. Dentro dessa especificidade da matéria está a real necessidade de que a pessoa capaz tenha exata correspondência com a sua representação digital, sendo a assinatura digital certificada um substituto eletrônico da assinatura manual que proporciona ao usuário autenticidade, privacidade, autorização, integridade e a ausência de rejeição da comunicação virtual realizada entre remetente e destinatário.

*Palavras-chave:* Contrato - Procuração - Segurança - Certificação Digital.

## 1. Introdução

O presente artigo versa sobre aspecto jurídico considerado relevante na segurança da contratação formalizada no ambiente virtual (o problema da identificação da parte). Mais especificamente, a possibilidade do uso da procuração - instrumento do contrato de mandato - como meio apto a permitir a outorga de poderes a terceiros com a finalidade de realizar negócios jurídicos através da certificação digital.

Antes de adentrar no pano de fundo do trabalho, cujo objetivo é desenvolver ponto específico da segurança dos contratos celebrados por meio da tecnologia da informação, também chamada pela doutrina de contratos eletrônicos, torna-se necessário tecer noções preliminares a respeito desses instrumentos criados em ambiente virtual, situando-os na Teoria Geral dos Contratos, bem como apresentar em breves palavras o Conectividade Social, como exemplo de contratação cuja inviolabilidade e segurança são garantidas por avançada tecnologia de Certificação Eletrônica.

O referido estudo não tem como escopo aprofundar o tema relativo à contratação no ambiente virtual, tão bem tratado por ilustres juristas de vanguarda, como o Dr. Newton de Lucca e o Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, doutrinadores cujas obras acerca das relações jurídicas no ambiente virtual são referência nacional e internacional; contudo, este trabalho traz à baila assunto desenvolvido a partir da percepção adquirida no exercício de atividade profissional como advogado da Caixa Econômica Federal, empresa pública da União e operadora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, no atendimento das questões jurídicas relacionadas ao programa denominado de Conectividade Social - canal de relacionamento eletrônico desenvolvido pela Caixa para troca de arquivos e mensagens por meio da Rede Mundial de Computadores - Internet.

## 2 Noções Preliminares

Sem dúvida alguma, a tecnologia da informação<sup>1</sup>, expressão que veio substituir a palavra 'informática', está sendo cada vez mais utilizada na sociedade contemporânea, oferecendo um desdobramento de dimensão além do plano físico que se conhece, eis que cria um novo ambiente para atuação humana, qual seja, o ambiente virtual.

Com base nesse avanço tecnológico surge a necessidade do direito resolver e disciplinar as questões oriundas do ambiente cibernético, seja pela capacidade de adaptação das normas já existentes a situações inusitadas, seja através da elaboração de regramento específico para trato do assunto.

No plano da Teoria Geral dos Contratos, a celebração de negócios jurídicos passou por profundas alterações, considerando-se a gradual substituição da tradicional forma de documentação inteiramente calçada sobre o papel<sup>2</sup> por aquela integrada à rede mundial de computadores - Internet, cujo provável número de mais de 100 milhões de pessoas navegando no decorrer do ano de 2000 geraram uma movimentação financeira estimada entre 40 e 200 bilhões de dólares.

Segundo Silvânio Covas, no seu artigo que trata do contrato no ambiente virtual<sup>3</sup>, o mundo eletrônico lança profundas transformações na praxe comercial até então adotada, diga-se a exigência de troca de papéis, com emissão de pedidos, faturas, recibos, cheques e outros documentos que representam as transações e são arquivados por longo período para satisfação de uma necessidade de segurança.

Todavia, de acordo com o doutrinador acima aludido, muito embora o ambiente virtual represente a diminuição do custo efetivo das transações, minimização de margem de erro e maximização da eficiência sistêmica, dúvidas ainda pairam no que diz respeito à segurança do sistema desenvolvido através da tecnologia da informação, pois o ciberespaço aparenta-se vulnerável.

## 2.1 Os Contratos Eletrônicos

Como estamos tratando de matéria ainda incipiente no ordenamento jurídico, na doutrina e principalmente na jurisprudência, necessário se faz definir o conceito dos contratos eletrônicos<sup>4</sup>.

Na lição de Semy Glanz, magistrado no Rio de Janeiro, "*contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computadores ou aparelhos com tais programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha. A segurança de tais contratos vem sendo desenvolvida por processos de codificação secreta, chamados de criptologia ou encriptação.*"<sup>5</sup>

Levando em consideração que a parte da segurança dos contratos eletrônicos será desenvolvida em tópico próprio, como elemento central desse estudo, passa-se então, a situar os contratos virtuais na Teoria Geral dos Contratos.

Nesse aspecto, cumpre salientar que nada de novo surge nos negócios jurídicos virtuais, já que assim como os demais contratos, dependem de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações.

Destarte, para existir o contrato eletrônico é necessário, da mesma forma que qualquer outro tipo de contrato, que estejam presentes três requisitos essenciais, quais sejam: 1) a capacidade das partes; 2) a idoneidade do objeto; e 3) a legitimação para realizá-lo<sup>6</sup>.

Logo, vale dizer que a natureza jurídica dos contratos, de forma alguma se desnaturará, como já entende a escassa doutrina acerca do tema; apenas alguns elementos do contrato sofrerão influência do meio informático, podendo afirmar-se que se trata de uma influência muito mais infra-estrutural que qualificativa<sup>7</sup>.

## 2.2 Identificação das Partes Contratantes

Como dito acima, os contratos eletrônicos não desvirtuam a natureza jurídica dos contratos, pelo que se mantém aplicável o Código Civil no que tange à interpretação, nulidade, eficácia, obrigações dos contratantes.

Entretanto, dentre as peculiaridades existentes nos negócios jurídicos virtuais e talvez uma das questões mais importantes sobre o assunto diz respeito à capacidade, nela incluída a identificação das partes contratantes.

A pergunta que se estabelece como ponto central acerca do tema é como se certificar de que a pessoa situada no outro pólo da comunicação eletrônica seja quem diz ser.<sup>8</sup>

De acordo com Juan Carlos Dias, *"no âmbito da internet a capacidade se manifesta pela autorização para que determinado usuário, ou programa, exerça no ambiente digital os direitos que lhe são reconhecidos pela ordem jurídica"*<sup>9</sup>.

Assim, em virtude da dificuldade de se comprovar a correspondência da pessoa capaz à representação digital, ou seja, a identidade, vêm sendo criados através do célere desenvolvimento da tecnologia da informação meios que possam garantir um mínimo de segurança e privacidade nas transações eletrônicas, sendo as formas mais comuns: a assinatura eletrônica ou assinatura digital<sup>10</sup>, bem como a certificação digital.

Nesse prisma, a solução apontada pelos especialistas para o desafio da identificação das partes contratantes e da integridade do conteúdo dos documentos eletrônicos está na adoção da assinatura digital. Essa é, na atualidade, um dos meios mais garantidos de manter o sigilo das informações seguras na red<sup>11</sup>.

## 2.3 Do Programa Conectividade Social

Com o advento da Lei nº 8.036/90, a Caixa Econômica Federal, empresa pública da União, centralizou quase 130 (cento e trinta) milhões de contas do FGTS que se encontravam distribuídas em 76 (setenta e seis) instituições financeiras, depositárias das importâncias relativas a contribuição fundiária instituída pela Lei nº 5.107/66.

Desde então, a Caixa tem buscado meios de agilizar a disponibilização das informações para os trabalhadores, bem como às empresas; assim sendo, seus colaboradores têm desenvolvido, ao longo dos anos, ferramentas que possibilitem a ambos melhor agilidade e segu-

rança na prestação de informações dos empregados, desburocratizando o processo. Nessa linha de atuação, a partir de meados de 2001, a Diretoria do Fundo de Garantia desenvolveu o Conectividade Social.

O Conectividade Social - canal de relacionamento eletrônico entre a Caixa e as empresas ou equiparadas, permite ao empregador executar uma série de operações via Internet, dentre as quais: informar dados relativos à movimentação de seus empregados; simular cálculo da multa rescisória e emitir a correspondente GRFC - Guia de Recolhimento Rescisório do FGTS e da Contribuição Social, para posterior recolhimento na rede bancária; emitir extrato do trabalhador para fins rescisórios, alterar/incluir endereço do trabalhador; comandar a geração de relatório contendo os dados de contas vinculadas com inconsistências cadastrais; requerer o envio de arquivo contendo informações acerca das contas vinculadas de seus empregados.

O Conectividade Social é composto por um Aplicativo Cliente - transporte de Arquivos e Mensagens (CNS) e um Aplicativo Internet - portal de Relacionamento Eletrônico Empregador (CS/E), ambos com inviolabilidade e segurança garantidas por avançada tecnologia de Certificação Eletrônica<sup>12</sup>.

A partir desse incontestável avanço tecnológico, o Governo Federal, através dos seus Ministros de Estado da Previdência Social e do Trabalho e Emprego, contemplando a real necessidade de imprimir agilidade, precisão e segurança ao processo de entrega das informações prestadas à Previdência Social, com base na legislação pátria, editou a Portaria Interministerial nº 116 de 09/02/2004<sup>13</sup>, estabelecendo às empresas e entes a elas equiparados, obrigatoriedade de certificação eletrônica necessária ao uso do Conectividade Social, para o repasse das informações referentes às contribuições do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, ao Ministério da Previdência Social e Ministério do Trabalho - ato administrativo que certamente serve como um marco histórico na relação virtual da Administração Pública com os particulares.

### **3. Segurança na Contratação: o Uso da Procuração na Certificação Digital dos Contratos Virtuais**

Após situar os negócios jurídicos virtuais na Teoria Geral dos Contratos e definir em breves palavras o programa da Caixa Econômica Federal - Conectividade Social, transmitindo algumas noções preliminares dos aspectos jurídicos relevantes na contratação virtual, resta desenvolver o ponto que justificou o estudo da segurança na relação jurídica virtual,

especificamente, a possibilidade do uso da procuração na certificação dos contratos celebrados por meio da tecnologia da informação.

No magistério de Silvânio Covas, *"o ambiente virtual exige providências apropriadas para estabelecer procedimentos seguros e confiáveis. A autenticidade e integridade das informações veiculadas pelas redes de informática são questões que merecem aperfeiçoamento"*<sup>14</sup>.

Para o especialista em tecnologia da informação, Prof. Pedro Antonio Dourado de Rezende, do Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Brasília, para a representação da vontade numa rede digital global e aberta de forma juridicamente segura, interlocutores terão de se valer de algo semelhante à assinatura cursiva do próprio punho, pois esta é a única forma conhecida de manifestação da vontade humana que pode ser verificada contra uma referência confiável, sem pressupor o testemunho público. Em outras palavras, declarações virtuais de vontade só poderão inspirar garantias jurídicas através de algum processo autenticatório na medida em que este circunscreva, ao mínimo possível, a presunção de confiança nos intermediadores da comunicação digital<sup>15</sup>.

Com base no que foi exposto, a segurança da relação jurídica virtual atual é dirigida para buscar a tecnologia capaz de garantir a autenticidade, privacidade, autorização, integridade e a ausência de rejeição do remetente, proponente ou contratante quanto à comunicação virtual realizada com o destinatário, aceitante ou contratado, sendo que isso torna-se possível através da criptografia<sup>16</sup>.

No Brasil, a segurança jurídica para manifestação da vontade humana desenvolve-se por intermédio da utilização de chaves públicas (assinatura digital por criptografia assimétrica), pois em 28 de junho de 2001 foi editada a Medida Provisória nº 2.200, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil, disciplinando a questão da presunção de integridade, autenticidade e validade dos documentos eletrônicos.

É, em síntese, uma codificação, garantida e atribuída por uma terceira pessoa (certificador) representada por um certificado que identifica a origem e protege o documento de qualquer alteração sem vestígios. Por isso, aqueles que dispõem da assinatura digital já podem efetuar troca de documentos e informações pela rede com a devida segurança física e jurídica.

A partir desse momento é que surgem situações fáticas que acabam transformando-se em questões jurídicas de grande importância, como a possibilidade do uso da procuração em contrato celebrado pela Infra-

estrutura de Chaves Públicas, assunto incipiente que necessita de aprimoramento doutrinário e jurisprudencial no país e que deve inexoravelmente, contemplar as presunções de confiança do sistema, bem como a exegese da legislação pátria que regula a matéria.

Para tal desiderato, define-se o contrato de mandato à luz do que preceitua o art. 653 do nosso Código Civil : "*Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato*".

Sem maiores delongas a respeito do contrato de mandato, em virtude da complexidade das obrigações atinentes ao mandante e ao mandatário e as formas com que se pode apresentar esta espécie de contrato - aspectos jurídicos que fogem do objeto do presente artigo - o que se pretende pôr em discussão é se no âmbito da segurança exigida para contratação eletrônica podemos permitir o uso da procuração como instrumento do mandato, que contém como idéia principal um sujeito confiar a outro a realização de um ato jurídico<sup>17</sup>.

Nesse prisma, levando em consideração a extrema segurança que deve pautar as relações eletrônicas no campo da certificação, partimos para identificação das premissas para eficácia do sistema, principalmente a premissa privada e sua crença sintática, como pontos imprescindíveis na adoção de posicionamento jurídico acerca do tema proposto.

A premissa privada nada mais é do que "*o titular de um par de chaves assimétricas é quem conhece sua chave privada*" e tem como crença o seguinte: "*a posse e o acesso à chave privada restringe-se a quem é nomeado seu titular*"<sup>18</sup>.

Guardada essa breve definição, vejamos o que a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, em plena vigência face à Emenda Constitucional nº 32/2001, prevê no seu art. 6º:

*"Art.6º Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.*

*Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave*

*privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento".*

Pela análise do sistema e a legislação supramencionada, conclui-se que a certificação através da assinatura digital de documento eletrônico pelo usuário, diga-se, por intermédio de pessoa natural ou, representante legal da pessoa jurídica ou equiparada é ato personalíssimo que não permite a delegação a terceiros, ou seja, impossibilita o uso de procuração como instrumento do contrato de mandato.

Ressalta-se, que nem poderia ser diferente, pois o documento eletrônico transmitido e recebido via Internet com a utilização de processo de certificação da ICP - Brasil, goza de presunção de veracidade em relação aos signatários, inclusive para fins tributários.

Voltemos à Medida Provisória nº 2.200-2:

*"Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.*

*§1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP - Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.*

(...).

*Art. 11. A utilização de documento eletrônico para fins tributários atenderá, ainda, ao disposto no art. 100 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional".*

Destarte, para que se dê fé ao ato da certificação digital, é indispensável a presença física da pessoa natural ou representante legal da pessoa jurídica, pelo que não pode ser aceito o uso de procuração, emitida pelo detentor da titularidade da chave privada a terceiros, para o ato da assinatura digital.

A titularidade na obtenção da chave privada para fins de certificação é a identidade civil das pessoas no âmbito das transações eletrônicas, sendo que por analogia, assim como é vedado à pessoa natural delegar o ato de fazer a sua carteira de identidade junto à autoridade civil compe-

tente, da mesma forma é impossibilitada a pessoa seja ela natural, jurídica ou equiparada, fazer-se representar por terceiro na certificação digital, já que tal situação violaria a confiabilidade do sistema da forma como proposta pelos especialistas da tecnologia da informação e na qual foi calcada nossa legislação sobre o tema.

Para melhor ilustrar o problema, trago a experiência adquirida no exercício da advocacia na Caixa Econômica Federal, no âmbito do Conectividade Social, programa cuja sucinta apresentação foi feita no item 2.3 deste estudo.

Como não poderia deixar de ser, o canal de relacionamento da Caixa que utiliza a Infra-estrutura das Chaves Públicas, não permite que o representante legal das sociedades empresárias e entes equiparados pela legislação previdenciária, utilize a procuração para certificação eletrônica do empregador na Agência da Caixa.

Assim, levando em consideração a obrigatoriedade da certificação eletrônica necessária ao uso Conectividade Social, a vedação acima trouxe uma série de questionamentos pelas sociedades que necessitavam integrar-se ao programa dentro do cronograma estabelecido pelo Governo Federal, principalmente pelos profissionais dos escritórios contábeis que, através de procuração, buscavam substituir os empregadores no ato da certificação.

Muitas empresas e entes a elas equiparados buscaram adequar-se aos critérios impostos pelo Programa, contudo duas sociedades empresárias insatisfeitas com a vedação imposta pelo Conectividade Social pleitearam a tutela jurisdicional do Estado impetrando Mandado de Segurança contra ato do Gerente da Caixa, objetivando ordem que determinasse a certificação eletrônica mediante a utilização de procuração outorgada pelo representante legal da pessoa jurídica a terceiro, não integrante da sociedade empresária.

Prestadas as informações, adveio sentença prolatada pela Juíza Federal Substituta da 8ª Vara Cível da Subseção Judiciária de Porto Alegre, Márcia Vogel Vidal de Oliveira, que ao interpretar o art. 6º da MP nº2.200-2, entendeu pela denegação da segurança pleiteada, nos seguintes termos:

*" (...) Diante desta previsão legal verifica-se que a entrega das chaves públicas somente pode ser feita ao representante legal da pessoa jurídica, sendo ato personalíssimo que não permite delegação a terceiros, incabível a sua entrega a procurador, como pretende a impetrante.*

*Saliente-se que tal fato decorre da presunção de veracidade em relação aos signatários, inclusive para fins fiscais, do documento eletrônico transmitido via Internet com a utilização de processo de certificação da ICP - Brasil.*

*Conforme informado pelo impetrado, o sistema de certificação eletrônica permite poderes de mando na sociedade empresária, a manipulação de informações relativas as contribuições fundiárias do empregador, razão pela qual necessária todas as garantias para preservar a segurança das relações eletrônicas realizadas.*

*Desse modo, tenho que deve ser denegada a segurança pleiteada."*

O conteúdo da jurisprudência acima, em sendo um dos primeiros julgados acerca da Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira, ao meu ver mostra-se do ponto de vista jurídico irretocável, eis que privilegia o sistema de segurança virtual adotado com fulcro na recente legislação acerca da matéria.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que em virtude da especificidade da questão, não pode a certificação digital ser tratada tão-somente pelo Código Civil, mas sim, pelo sistema que rege o ordenamento jurídico pátrio, principalmente a legislação especial sobre o assunto, já que a certificação é multidisciplinar e em virtude da sua incipiente aplicação, exige uma exata compreensão da sua finalidade sob pena de desvirtuamento.

## **4 Conclusão**

Desde a iniciativa de desenvolver o presente trabalho, a pesquisa mostrou-se gratificante pela forma incipiente em que ela é inserida na nossa doutrina, legislação e jurisprudência, mas ao mesmo tempo tornou-se tarefa difícil, já que exigiu um aprofundamento nas questões técnico-operacionais da informática, a fim de que um profissional da área jurídica pudesse esclarecer de forma didática os conceitos básicos da segurança no ambiente virtual, para posteriormente, trazer discussão jurídica que se entendeu relevante para os operadores do direito, qual seja, o uso da procuração nos contratos eletrônicos realizados mediante certificação digital.

Nesse diapasão, o artigo buscou definir os contratos virtuais à luz da doutrina, assim como situá-los dentro da Teoria Geral dos Contratos, como instrumentos que não desvirtuam as características naturais dos demais contratos, sendo-lhes aplicado o Código Civil, exceto para questões que são peculiares.

Dentro dessa especificidade da matéria está a identidade das partes contratantes no ambiente virtual, ou seja, a real necessidade de que a pessoa capaz tenha exata correspondência com a sua representação digital. Identificado o desafio que surgiu para os especialistas da área da tecnologia da informação, constata-se que a assinatura digital certificada - utilizando-se da criptografia - é um substituto eletrônico da assinatura manual que proporciona ao usuário autenticidade, privacidade, autorização, integridade e a ausência de rejeição da comunicação virtual realizada entre remetente e destinatário.

Com base nesse avanço tecnológico, o trabalho procurou exemplificar a utilização prática dessa evolução a partir de um Programa desenvolvido pela Caixa Econômica Federal, Empresa Pública da União e operadora do FGTS, no trato das questões atinentes ao referido programa social, como ferramenta colocada à disposição dos empregadores para permitir uma série de operações mediante o uso seguro da rede mundial de computadores - Internet.

Foi dentro do programa denominado de Conectividade Social que surgiu a questão jurídica que alicerçou a pesquisa, pois no exercício da atividade jurídica consultiva e contenciosa da Caixa, adveio a necessidade de um maior estudo sobre a segurança na contratação virtual mediante utilização da assinatura digital certificada, já que o supramencionado canal de relacionamento não permite que o representante legal das sociedades empresárias e entes equiparados pela legislação previdenciária, utilize a procuração para certificação eletrônica do empregador nas Agências da Caixa.

Em contemplação ao sistema que alia segurança e confiabilidade nas relações jurídicas virtuais, conclui-se que, para que se dê fé ao ato da certificação digital, não pode ser aceito o uso de procuração como instrumento de mandato para outorga de poderes a terceiro na contratação virtual, eis que tal situação violaria a confiabilidade do sistema da forma como foi concebido pelos especialistas da tecnologia da informação e, atualmente, salvo melhor juízo, encontra amparo na nossa doutrina e jurisprudência sobre a matéria.

## Notas

- 1 Conjunto de recursos tecnológicos e computacionais para geração e uso de informação, englobando desde redes de computadores até as centrais inteligentes, fibra óptica e comunicação por satélite.
- 2 DE LUCCA, Newton. **Direito & Internet**. p.45-6. Bauru/SP: Ed. Edipro, 2000. COVAS, Silvano. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**. Ano 2. N° 5. Ed. Revistas dos Tribunais. Maio - agosto de 1999. p.100-122.
- 3 COVAS, Silvano. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**. Ano 2. N° 5. Ed. Revistas dos Tribunais. Maio - agosto de 1999. p. 100-122.
- 4 Silvano Covas em artigo publicado na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, critica a expressão contrato eletrônico, entendendo-a como imprópria, pois o contrato pode ser de compra e venda, de prestação de serviços, de locação etc., e o fato de serem realizados por meio eletrônico não lhes tiram as características que lhe dão nome e classificação.
- 5 DE LUCCA, Newton *apud* GLANZ, Semy. **Internet e Contrato Eletrônico**, in Revista dos Tribunais, vol. 747, nov. 1998, p.72.
- 6 DE OLIVEIRA ANDRADE, Thiago. **Revista da Esmafe** - Recife - V.6 N° 14 - 559 - 582 - jul/dez 2001.
- 7 DIAS, Jean Carlos. **Direito Contratual no Ambiente Virtual**. 2ª edição. Curitiba: Juruá 2004.
- 8 DE LUCCA, Newton. *Op. Cit.*, p.54.
- 9 DIAS, Jean Carlos. *Op. Cit.*, p. 87.
- 10 A assinatura eletrônica ocorre quando um usuário fornece ao sistema que pretende utilizar, um determinado conjunto de caracteres não criptografados que foram definidos como requisito de acesso. Por sua vez, a assinatura digital seria o fornecimento de um determinado código, havendo, portanto, aplicação de criptografia. Dias, Jean Carlos *apud* Greco, Marco Aurélio. *Internet e Direito*, São Paulo: Dialética, 2000.
- 11 DE OLIVEIRA ANDRADE, Thiago. *Op. Cit.*, p. 570-71.
- 12 Cfr. Estudo elaborado pela Vice - Presidência de Transferência de Benefícios e Diretoria de Fundo de Garantia da Caixa através da Universidade Corporativa CAIXA. "FGTS: Conectividade Social", a certificação eletrônica é componente do sistema de segurança que garante a inviolabilidade dos dados que transitam na Internet, por meio de criptografia, e a identificação do transmissor e do receptor desses dados.
- 13 A Portaria 116, no seu art. 1º, dispõe: "Estabelecer a obrigatoriedade de certificação eletrônica necessária ao uso do CONECTIVIDADE SOCIAL, canal de relacionamento eletrônico desenvolvido pela Caixa para troca de arquivos e mensagens por meio da Rede Mundial de Computadores - Internet, para todas empresas ou equiparadas que estão obrigadas a recolher o FGTS ou a prestar informações à Previdência Social. § 1º após a certificação, as empresas estarão aptas a utilizar o canal CONECTIVIDADE SOCIAL para envio das informações referentes à GFIP, via Internet".
- 14 COVAS, Silvano. *Op. Cit.*, p.112.
- 15 Parecer Técnico elaborado pelo Prof. Pedro Antonio Dourado Rezende, Departamento de Ciência da Computação, Universidade de Brasília, 13 de janeiro de

2002, in Boletim do IRIB - Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Janeiro de 2002. N° 296. p. 12-33.

- 16 Cfr. Palestra elaborada por especialistas da CERTISIGN em curso ministrado em Porto Alegre abordando a Certificação Digital. Criptografia é um conjunto de técnicas matemáticas, usadas há mais de 2000 anos, que permitem embaralhar uma mensagem e, assim, impedir que ela seja lida por outra pessoa que não o destinatário. Ex.: A criptografia transformaria "laranja" em "ajnaral". Trata-se de um processo que cifra a mensagem de acordo com um protocolo que é aprovado pelo remetente e destinatário, antes do início do processo. O padrão criptográfico utilizado para cifrar ou decifrar mensagens é também denominado de chave. Existem dois sistemas de criptografia: a) criptografia
- simétrica, de chave privada ou secreta - quando a mesma chave é utilizada para cifrar e decifrar a mensagem; b) criptografia assimétrica, de chave pública - quando a chave privada codifica a mensagem e a chave pública a decodifica, possibilitando a identificação do emissor e a privacidade na comunicação digital.
- 17 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 4.ed. vol. 3. São Paulo:Atlas, 2004.
- 18 REZENDE, Pedro Antonio Dourado. *Op., Cit.*, p.29.
- 19 8ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de Porto Alegre, Processo nº 2004.71.00.041570-2, Juíza Federal Substituta, Márcia Vogel Vidal de Oliveira, Sentença Publicada DOU em 19.04.2005. p.015.

## Referências

- ANDRADE, Thiago de Oliveira. **Revista da Esmafe** - Recife - V.6 N° 14 - 559 - 582 - jul/dez 2001.
- COVAS, Silvano. **O Contrato no Ambiente Virtual**. Contratação por meio de informática. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. Ano 2. N° 5. Ed. Revistas dos Tribunais. Maio - agosto de 1999. p. 100-122.
- DIAS, Jean Carlos. **Direito Contratual no Ambiente Virtual**. Curitiba: Juruá, 2004.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los Contratos**, Tomo III, Capítulo LXVII. Santa Fé, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.
- LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores) e outros. **Direito e Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru, SP: Edipro, 2001.
- DE LUCCA, Newton apud Glanz, Semy. **Internet e Contrato Eletrônico**, in Revista dos Tribunais, vol. 747, nov. 1998, p.72.
- REZENDE, Pedro Antônio Dourado. **Contrato de Prestação de Serviço de Certificação Digital**. In Boletim do IRIB - Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Janeiro de 2002. N° 296. p. 12-33.
- SANTOS, Clayton José; NUNES, Maurício Perez e WILLEMANN, Vilson. **Conectividade Social como Ferramenta de Ação Gerencial em Escritórios Contábeis**. Projeto de conclusão dos cursos de especialização em nível de pós-graduação em Gestão da Tecnologia da Informação, Logística Empresarial e em Desenvolvimento Gerencial, apresentado na disciplina de projeto de Curso da FAE Business School. Curitiba:2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil III - **Contratos em Espécie**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil II - Teoria Geral dos Contratos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnold. **Obrigações e Contratos**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

# A Apreciação do Ônus da Prova no Processo do Trabalho e o Princípio *In Dubio, Pro Operario*

**Thiago Linhares Paim Costa**

Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro  
Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho

**RESUMO:** Às partes litigantes cabe demonstrar que suas alegações são verdadeiras e se sobrepõem aos argumentos lançados pelo contendente, produzindo as provas que sustentarão suas assertivas. Neste ponto, surge, no Direito do Trabalho, questão que suscita dúvida na doutrina e jurisprudência. Trata-se da aplicação, ou não, na apreciação do ônus da prova, do princípio *in dubio, pro operario*.

**Palavras-chave:** ônus, prova, trabalho, princípio

## 1 Introdução

Na relação processual trabalhista observa-se a disputa entre a pretensão da parte reclamante, que normalmente é o trabalhador, e a resistência da parte reclamada, que geralmente é o empregador.

Assim, como forma de se alcançar a correta aplicação da legislação positivada, almejando a realização da justiça, é notável a busca efetivada pelo Poder Judiciário de maneira a se obter a verdade dos fatos.

Como forma de disciplinar esta busca pela verdade e justiça, o processo é instruído por regras que visam dar continuidade e andamento aos atos praticados, de maneira a possibilitar que, ao final, seja possível a elaboração de uma conclusão pelo juízo que decidirá a lide.

Às partes litigantes cabe demonstrar que suas alegações são verdadeiras e se sobrepõem aos argumentos lançados pelo contendente, produzindo as provas que sustentarão suas assertivas.

Neste ponto, surge, no Direito do Trabalho, questão que suscita dúvida na doutrina e jurisprudência. Trata-se da aplicação, ou não, na apreciação do ônus da prova, do princípio *in dubio, pro operario*.

## 2 Conceituação

### 2.1 A Prova e o Ônus de Provar

A palavra "prova" vem do latim *proba*, de *probare*, possuindo significado equivalente a demonstrar.

AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA define a prova como "*aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa.*"<sup>1</sup>

Trazendo a análise para o sentido estritamente jurídico, verifica-se que nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título 63) é conferido notável conceito de prova, definida no aludido diploma como "*o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões.*"

Filiado à este sentido é que RUSSOMANO afirma que a prova é "o pedestal da sentença."<sup>2</sup>

Igualmente, o grande mestre COQUEIJO COSTA declara ser a prova "o complexo de elementos de que um juízo dispõe para o conhecimento dos fatos relevantes para a solução de uma demanda."<sup>3</sup>

De outro lado, o festejado Professor MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, indica que prova "*é a demonstração da verdade dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos, em que se funda a ação ou a resposta*"<sup>4</sup>

Por sua vez, o mestre uruguaio EDUARDO COUTURE nos diz que:

*"En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación"*<sup>5</sup>

Neste passo, será através da prova que as partes buscarão demonstrar o quanto alegado em sua inicial e defesa.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR entende haver sentido dúplice na conceituação da prova, apontando possuir a mesma dois sentidos: "(a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.); (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado".<sup>6</sup>

Outrossim, certo é que o fato poderá ser revelado diretamente, mas, também, poderá ser evidenciado pelo indício e pela presunção.

Porém, na sentença, o juiz deverá exarar decisão fundamentada, a teor do exposto no art. 832 da CLT, *in verbis*:

*"Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, A APRECIÇÃO DAS PROVAS, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão" (destaque nosso).*

Corroborando o quanto acima estipulado, encontramos, no art. 458, II, do CPC, entre os requisitos essenciais da sentença, *"os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito"*, estabelecendo o art. 335 do CPC que:

*"em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."*

Assim, compete ao juiz dizer do direito, promovendo o julgamento motivado das questões que lhe são apresentadas, mas sempre se atendo ao que provado (ou não provado) nos autos.

Tanto assim é que, no art. 131 do CPC, o legislador definiu que:

*"O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."*

Ainda, vale ser destacado que a prova *"deve ser admissível, isto é, não proibida por lei e tendo valor jurídico para o caso em questão"*, consoante lição do ilustre jurislaborista ISIS DE ALMEIDA<sup>7</sup>.

Nesse sentido posiciona-se o art. 332 do CPC:

*"Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa"*.

Assim, restam espancadas quaisquer dúvidas de que serão objeto de prova os fatos controversos, os pertinentes à causa (articulados no pedido e na defesa), além do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, quando alegados expressamente (art. 337 do CPC), até

porque o juiz deve se ater aos limites da lide, conforme art. 128 da lei adjetiva civil.

Por outro lado, vale ser ressaltado que não dependem de prova os fatos (art. 334 do CPC) notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Ainda, não dependem de prova os fatos quando o réu deixa de contestar a ação, à luz do que estabelecido no art. 319 do CPC.

Neste particular, ISIS DE ALMEIDA, esclarece que:

*"Há, evidentemente, uma distinção entre o fato verossímil e o fato notório, ainda que o efeito possa ser o mesmo em ambas as espécies de fato. O primeiro é verdadeiro por si mesmo; suas características, seus atributos se afirmam porque estão de acordo com o juízo comum. O segundo depende de um consenso geral; de que seja do conhecimento de todos; deve ser indubitoso, enfim, e a opinião pública admite-o a priori".<sup>8</sup>*

Quanto ao inciso IV do art. 334 do CPC, diz o mestre CAMPOS BATALHA, em sua obra *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*:

*"Distinguem-se, tradicionalmente, três espécies de presunções: a) presunções juris et de jure, presunções legais absolutas, que não admitem prova contrária; b) presunções juris tantum, presunções legais condicionais, a serem admitidas até prova contrária; c) presunções hominis vel judicis, presunções comuns, não estabelecidas pela lei, fundadas sobre aquilo que ordinariamente acontece".<sup>9</sup>*

É certo, ainda, serem diversas as espécies de prova. Consoante lição do insigne DE PLÁCIDO E SILVA:

*"documento é uma representação material destinada a reproduzir, com idoneidade, uma certa manifestação do pensamento, como se fora uma voz fixada permanentemente no papel escrito, que o indica.*

*Na técnica jurídica, entende-se o papel escrito, em que se mostra ou se indica a existência de um ato, de um fato, ou de um negócio ". Moacir Amaral Santos o conceitua como "a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em Juízo".<sup>10</sup>*

Segundo Malatesta, documento "é a atestação pessoal feita com conhecimento de causa, escrita e irreproduzível oralmente, e que serve para comprovar a verdade dos fatos asseverados por meio dela".<sup>11</sup>

Ensina ISIS DE ALMEIDA que:

*"O documento tanto pode reproduzir (ou formalizar) uma declaração como um acontecimento natural, ou uma característica de determinada coisa. São sempre 'fatos' a evidenciar".<sup>12</sup>*

Assim sendo, uma foto, um filme cinematográfico, um vídeo tape, um desenho, são, efetivamente, documentos.

Ainda, diz WAGNER GIGLIO:

*"A prova testemunhal consiste na narração ao juiz, por terceiros estranhos à lide, de fatos a ela pertinentes. É, sem sombra de dúvida, o mais inseguro meio de prova, e também o mais comum, principalmente no processo trabalhista".<sup>13</sup>*

A testemunha é pessoa alheia ao processo, que comparece a juízo para declarar sobre fato de que tem conhecimento próprio, referente ao litígio. Para tanto, deve se reportar a fatos controvertidos, relevantes e pertinentes, não merecendo credibilidade o seu conhecimento através de terceiros.

Todas as pessoas são obrigadas a testemunhar a respeito de fatos que são do seu conhecimento e que interessam à causa, exceto se forem incapazes, impedidas ou suspeitas (art. 405 do CPC), ressalvando-se, ainda, a hipótese prevista no art. 406, *in verbis*:

*"A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo"*

O art. 829 da CLT estatui:

*"A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação"*

Conforme WAGNER GIGLIO:

*"Convém advertir que o termo amigo, na linguagem vulgar, é de uso muito comum e, por isso, desvalorizado. Juridicamente, só a amizade íntima impede o testemunho. Ora, numa empresa, onde o contato entre o pessoal é diário e estável, durante longo tempo, todos se dizem amigos, no sentido de conhecidos. Na prática, a amizade íntima só se revela pelo compadrio, pelo hábito de um freqüentar a casa do outro, pelo costume de saírem juntos para se divertir, por terem empregado dinheiro um ao outro, etc."<sup>14</sup>*

Por outro lado, a inimizade deve ser figadal, ou seja, um sentimento hostil muito entranhado, capaz de turvar o equilíbrio emocional necessário à isenção de ânimo no depor.

Ainda segundo o notável Professor WAGNER GIGLIO:

*"O grau de instrução da testemunha, a segurança com que depõe (desde que não excessiva...), os pormenores aparentemente sem importância com os quais reveste os fatos são fatores que valorizam o depoimento. Inversamente, o titubeio, a insegurança (desde que não resultantes de nervosismo natural...), a falta de pormenores e até a atitude da testemunha (olhos baixos, ruborização, etc.) desvalorizam essa prova. E é óbvio que as condições flagrantes dentro do mesmo depoimento praticamente o anulam como prova".<sup>15</sup>*

Dispõe o art. 420 do CPC:

*"A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação".*

Portanto, trata-se de tipo de prova que depende de um conhecimento técnico que, via de regra, o juiz não possui.

A CLT é omissa quanto à prova pericial, contudo o art. 3º da Lei 5584/70 dispõe que:

*"Os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo Juiz, que fixará o prazo para a entrega do laudo. Parágrafo Único: Permitir-se-á a cada parte a indicação de um assistente, cujo laudo terá que ser apresentado no mesmo prazo assinado para o perito, sob pena de ser desentranhado dos autos."*

No mais, aplicar-se-á a regra contida no diploma civil, naquilo que não for incompatível com o processo do trabalho (arts. 145 a 147 e 420 usque 439 do CPC). Salientamos a necessidade de depósito de honorários provisionais do perito, indicando a sentença aquele definitivo.

Além disso, *"O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida"* (art. 437 do CPC), muito embora a segunda não venha a substituir a primeira, cabendo ao juiz valorar livremente uma e outra.

Por outro lado, *"O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos"*, conforme art. 436 do CPC.

A inspeção judicial é aquela em que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, inspeciona pessoas ou coisas, em qualquer fase do processo, a fim de esclarecer fato que interesse ao deslinde da causa.

Para tanto, se entender necessário, poderá o Juiz ser assistido de um ou mais peritos, ou, até mesmo, os advogados das partes. Aplica-se à espécie o preceito contido nos artigos 440 a 443 do CPC, em virtude da omissão celetista.

Ônus é palavra que vem do latim *onus* que tem significado de carga, fardo, peso.

O "ônus de provar" (*onus probandi*), corresponde ao o dever processual que as partes detêm de demonstrar a existência, ou inexistência, do direito em discussão, provando em juízo suas alegações de maneira a formar a convicção do magistrado.

Seguindo os ensinamentos do mestre MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO<sup>16</sup>, nota-se que não se verifica qualquer obrigação legalmente imposta de se provar.

O que se dá, em verdade, é justamente um ônus, valendo neste ponto trazer à luz as palavras do eminente Professor CARNELUTTI<sup>17</sup>, segundo o qual:

*"A diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus".*

Assim, o ônus de provar resta vinculado ao interesse da parte de ver demonstradas suas alegações, a fim de obter o reconhecimento do direito que postula.

MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO<sup>18</sup> disseca a questão, esclarecendo que:

*"tanto é verdadeiro que o ônus da prova não constitui uma obrigação que, em certos casos, mesmo que a parte dele não tenha se desincumbido, poderá ter acolhida a sua pretensão, que tinha como pressuposto o fato que deixou de provar: isso poderia ocorrer, por exemplo, na hipótese de a parte contrária, inadvertidamente, produzir, em benefício da outra, a prova que a esta competia".*

Já PONTES DE MIRANDA<sup>19</sup>, indicando via diversa, ensina que também não há que se falar em dever de provar, confirmando tratar-se apenas de um ônus, esclarecendo:

*"(a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não Ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da*

*prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica."*

Assim, HUMBERTO THEODORO JUNIOR aponta:

*esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. (...) Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados (...)"<sup>20</sup>*

Contudo, tal posicionamento não é unânime na doutrina, valendo salientar o entendimento de Eduardo Couture, segundo o qual o ônus da prova estaria relacionado com espécie de sanção, ainda que processual, pois que não se desincumbindo a parte de produzir a prova que lhe competia, obrigatoriamente se aperfeiçoaria a penalizante consequência de não ser reconhecido o direito que alegava possuir.<sup>21</sup>

## **2.2 Princípio *In Dubio, Pro Operario***

Dentre os princípios fundamentais orientadores do Direito do Trabalho, encontra-se o Princípio da Proteção que, diferindo da igualdade buscada noutros ramos do direito, orienta-se por amparar e beneficiar o trabalhador, apenas uma das partes que compõem a relação jurídica.

O fundamento basilar deste princípio está no fato, reconhecido pelo Estado, de que na relação de trabalho há evidente diferença entre as partes contratantes, sendo o empregador, de um lado, detentor de capacidade econômica e poder social tais que permitiam subjugar a outra parte, o trabalhador, gerando, assim, as mais variadas formas de exploração.

Nas relações jurídicas adstritas ao direito civil ou ao comercial é constante a busca pela igualdade formal entre as partes, vigendo o princípio do *in dubio, pro reo*.

Tal característica é explicável pelo fato de que, geralmente, o devedor é o mais fraco e necessitado, quem não foi capaz de reunir condições econômicas para cumprir o que havia pactuado.

No Direito do Trabalho a situação se inverte, sendo o réu, empregador, a parte mais forte na relação jurídica, detendo os meios de produção e o capital.

Assim, com costumeiro brilhantismo, EDUARDO COUTURE afirma que *"o procedimento lógico de corrigir desigualdades é o dever de criar outras desigualdades."*<sup>22</sup>

Como forma de aplicação do princípio de proteção, surge a regra *in dubio, pro operario*, que, nas palavras do mestre AMÉRICO PLÁ RODRIGUES, significa:

*"o critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador."*<sup>23</sup>

MARIO DEVEALI ainda ensina que:

*"...si el derecho privado acepta el principio del favor pro reo, es porque, en la generalidad de las relaciones civiles o comerciales, el deudor es el más débil y necesitado. Pero en las relaciones laborales ocurre exactamente lo contrario, puesto que en la generalidad de los casos el trabajador, cuya situación de debilidad frente el empleador constituye el supuesto básico del derecho laboral, se presenta como acreedor frente a su empleador (deudor)."*

Completando a seguir:

*"En el derecho del trabajo corresponde, pues, no sólo rechazar el principio del derecho privado, sino que, en virtud, del mismo processo lógico que justifica tal principio, debe admitirse el outro principio, que frecuentemente resultará antagônico, del in dubio pro operario."*<sup>24</sup>

### 3 Evolução Histórica

#### 3.1 Ônus da Prova

Primitivamente, a solução de qualquer lide era alcançada através da provação de divindades, que através de manifestação sua, indicariam o vencedor e o perdedor.<sup>25</sup>

Lembra CAMPOS BATALHA<sup>26</sup>, inspirando-se em seu mestre, o filósofo Favorinus (apoiado nos ensinamentos de Catão), afirmava que se as

provas produzidas não convencessem, dever-se-ia decidir a favor do litigante mias probó; na hipótese de ambos possuírem a mesma reputação, a decisão deveria propender em favor do réu. Tratava-se, como se vê, de um critério de natureza complementar (somente incidiria se a prova não fosse suasória), que se assentava na honorabilidade das partes. O subjetivismo de que era provido, contudo, revela a falibilidade desse critério.

Foi no Direito Romano, que se concebeu a regra "*semper onus probandi ei incumbit Qui dicit*" ou "*semper necessitas probandi incumbit illi Qui agit*" (o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age). Assim, o ônus da prova sempre recaía sobre o autor, pois que inicialmente alegava algo em juízo.

Contudo, posteriormente, se verificou que tal regra não detinha condições de prosperar por completo, eis que por vezes o réu emitia alegações envolvendo um fato capaz de modificar, impedir ou extinguir o direito do autor; reconheceu-se, então, que a resposta do réu continha (ou poderia conter) também um afirmação; daí por que a ele se atribuiu o ônus da prova sempre que isto ocorresse.

O Direito Medieval, inspirado em grande parte pelas conclusões elencadas pelos glosadores, firmou então entendimento de que deveria ser provada qualquer alegação positiva, permanecendo, contudo, o entendimento de que não haveria que se falar em prova negativa.

Daí se abstrai a regra contida do próprio Código de Processo Civil brasileiro de 1939, em cujo art. 209, §1º, se estatuiu: "Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova."

Partindo de análise mais detida, a doutrina passou a notar que nem toda negativa impossibilitava a prova. Notou-se que, geralmente, ao negar a situação jurídica narrada pelo autor, a ele o réu opunha uma outra.

Seguindo tal conclusão, no dizer de MOACYR AMARAL SANTOS, se edificou a teoria clássica do encargo da prova, segundo a qual:

*"incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito."*<sup>27</sup>

Modernamente, a doutrina se firma nos ensinamentos de CHIOVENDA, que estabeleceu:

*"o ônus de afirmar e provar se reparte entre os litigantes no sentido de que é deixado à iniciativa de cada um deles provar os fatos que deseja sejam"*

*considerados pelo Juiz, isto é, os fatos que tenham interesse sejam por este tidos como verdadeiros.*"<sup>28</sup>

É certo que o festejado jurista indica ser do autor o encargo de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos capazes de modificar, impedir ou extinguir o direito daquele.

Assim, com referência ao ônus da prova, o art. 818 da CLT estatui:

*"A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".*

*Repete, assim, literalmente, a regra emanada do antigo Direito Romano.*

Por sua vez, prevê o art. 333 do Código de Processo Civil em vigor determina:

*"O ônus da prova incumbe:*

*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*

*II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

### **3.2 Princípio *In Dubio, Pro Operario***

De acordo com os postulados da Revolução Francesa de 1789, certo é que a burguesia pretendia se aproveitar da total liberdade de negociação, se valendo da vontade de contratar autônoma, a fim de assegurar verdadeira exploração do trabalhador.

Se objetivava o crescimento e desenvolvimento industrial, seguindo-se as diretrizes que outra revolução, a Industrial, estabelecera.

Neste contexto, surgem as normas trabalhistas, estabelecidas pelo Estado, que passa a intervir nas relações contratuais de emprego, como forma de se garantir a paz social.

Assim, rapidamente se verificou o que o grande mestre Ripert bem trouxe à baila:

*"a experiência demonstrou que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores."*<sup>29</sup>

Neste passo, verifica-se o surgimento de normas imperativas, de ordem pública, sempre visando à proteção do trabalhador, parte re-

conhecidamente mais frágil na relação negocial capital x força de trabalho.

Tal normatização visa, como ensina o Ministro ARNALDO SÜSSEKIND:

*"opor obstáculos à autonomia da vontade."*

E continua o grande mestre:

*"Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal." 30*

Assim, se delinea o princípio fundamental do Direito do Trabalho: o princípio da proteção, ou princípio protetivo.

Tal princípio da proteção tem como sua principal forma de aplicação o brocado *in dubio, pro operario*, que, sendo outro princípio do Direito Trabalhista, é daquele decorrente.

## **4 Aplicação ou não do Princípio *In Dubio, Pro Operario* Quanto ao Ônus da Prova no Processo do Trabalho**

### **4.1 Corrente Afirmativista**

Partindo da igualdade formal inerente ao processo civil, é de se invocar o que estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil:

*"Art. 333 - O ônus da prova incumbe:*

*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*

*II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

À luz do que expõe MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, considerando a tão propalada igualdade entre as partes existente no direito civil, não poderia ser de outra forma a distribuição do ônus da prova naquele ramo do direito.

Ao autor cabe demonstrar os fatos que ensejaram o lançamento de suas alegações em juízo, postulando determinado direito ou satisfação de pretensão, de acordo com os dispositivos legais que embasam seu pleito.

De outro lado, ao réu caberá produzir qualquer prova, apenas, quando alegar algo que modifique, impeça ou extinga o direito pretendido pelo autor.

Ainda de acordo com o pensamento do notável Professor MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, se verifica que:

*"em virtude da disposição didática do art. 333, do CPC, que ao intérprete trabalhista desavisado pode impressionar, erigiu-se no âmbito da Justiça do Trabalho, a praxe de adotar-se o mesmo critério estampado naquele dispositivo para resolver o problema relacionado à distribuição da carga de prova entre os litigantes."*<sup>31</sup>

Contudo, certo é que a CLT possui disposição própria sobre a questão, estabelecendo em seu art. 818:

*"A prova das alegações incumbe à parte que as fizer."*

Assim, considerando o que determina o art. 769 da Consolidação, não haveria outra regra legal a se aplicar no que tange ao ônus da prova, porquanto há determinação expressa da CLT (art. 818).

Entende-se que apenas seria aplicável norma alienígena ao Direito do Trabalho em virtude de *omissão* do texto consolidado, o que não ocorre *in casu*, já que existente expressa previsão.

Repudiando a aplicação do que estatuído no art. 333 do CPC ao processo trabalhista, Manoel Antonio Teixeira Filho aduz que "a colisão, porém, do dispositivo pertencente ao processo civil com o art. 818 da CLT, é frontal."

Em apoio a tal pensamento, é apresentada questão concreta e comumente verificada nos Tribunais do Trabalho:

*"Alegando o autor (empregado) que realizava trabalho em jornada extraordinária (cujo fato, contudo, é contestado pelo réu), mas não produzindo prova quanto a isso, o seu pedido relativo às horas extras, em consequência, será rejeitado."*

De acordo com o festejado mestre, tal rejeição do pleito autoral representa nítida aplicação do que estabelece o art. 333 do CPC. No entanto, não haveria que se aplicar tal dispositivo legal, mas sim o art. 818 da CLT.

Assim, certo é que ao contestar o trabalho extra do empregado, o réu está, igualmente, afirmando que ele jamais trabalhou em jornada extraordinária, pelo que, incumbindo a parte provar o que alega, deveria, também, comprovar tal assertiva.

Note-se que não estaria sendo exigida produção de prova negativa. A prova na hipótese concreta em exame seria, em verdade, positiva, pois que caberia ao réu demonstrar que a jornada do autor sempre foi a ordinária.

Esta argumentação encontra respaldo na desigualdade real existente entre trabalhador e empregador, que é contrária à igualdade formal existente no direito civil.

Assim, MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO explica a adoção de tal interpretação dada aos artigos 818 e 769 da CLT, apontando que:

*"temos para conosco que o mesmo caráter anti-igualitário do direito material (...) deverá presidir tanto a interpretação das normas processuais quanto o seu processo de elaboração legislativa: é o que recomendam a lógica e a consciência jurídica."*<sup>32</sup>

Neste passo, SANTIAGO RUBINSTEIN sustenta que:

*"a dúvida do julgador pode resultar da interpretação de um texto legal ou da aplicação de uma norma a um caso concreto e também da valoração das provas trazidas pelas partes ao processo, sendo aplicável dito princípio a todas essas hipóteses."*

O ilustre jurislaborista cordobês JOSÉ ISIDRO SOMARÉ ensina que:

*"se a prova não foi suficiente para levar ao espírito do juiz a certeza de como ocorreu um incidente, de modo tal que haja dúvida, pode, então, optar pela solução de favor e acolher o pedido do trabalhador."*<sup>33</sup>

WAGNER GIGLIO ainda leciona:

*"Ora, além das causas já apontadas, de diversidade de situação econômica e de desigualdade resultante da subordinação empregado ao empregador, lembremos outros substratos de fato a repelir adoção dessa doutrina no processo trabalhista: enquanto os contratantes, na esfera civilista, têm possibilidades iguais de produzir prova, no ramo trabalhista é notória a inferioridade do trabalhador, senão vejamos. Além das dificuldades de assessoramento jurídico e da realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade dos depoimentos: não ignoram as testemunhas que, se suas declarações prejudicarem o patrão, correm risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meios de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento de pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidencia que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados mais elementares atinentes às condições em que presta serviços: cálculo do salário, montante dos descontos, número de horas extras, etc."*<sup>34</sup>

Por fim, coincidindo com essa linha de pensamento, o IV Congresso Ibero-Americano de Direito do trabalho, realizado em São Paulo, em 1972, votou, entre outras, a seguinte conclusão sobre esta matéria:

*"O princípio in dubio, pro operario incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do julgador não exista uma convicção absoluta derivada da análise das provas produzidas."*<sup>35</sup>

Já se pronunciou também o C. Tribunal Superior do Trabalho sobre a questão;

*"Não provada a rescisão, por nenhuma das partes contratantes, aplica-se o princípio "in dubio pro operario".<sup>36</sup>*

*"Abandono de emprego - ônus da prova. Alegado o abandono de emprego, cabe ao empregador prová-lo. Não o fazendo, presume-se verdadeira a dispensa imotivada, em face da inversão do onus "probandi" e porque milita a favor do obreiro o princípio do "in dubio pro operario". A colocação do emprego à disposição do empregado não exime o empregador da reparação devida, nem a recusa de aceitação constitui fato abonador de sua responsabilidade, pois a verdade presumida favorece a pretensão do obreiro. Revista não provida.<sup>37</sup>*

Da mesma forma, Tribunais Regionais já se manifestaram sobre a questão:

*"A testemunha do reclamante afirma que ele passou a líder de turma, mas continuou, entretanto, a exercer atividades de lanterneiro. A testemunha da empresa nega que o reclamante tenha utilizado maçarico ou solda elétrica após ter sido promovido para líder de lanterneiro. Feita a acareação as testemunhas mantiveram seus depoimentos. Restou, assim, a dúvida, aplicando-se, com acerto, na hipótese, o princípio in dubio pro misero, decidindo-se o feito em favor do hiposuficiente (...)"<sup>38</sup>*

## 4.2 Corrente Negativista

BENITO PÉREZ indica entendimento no sentido de que o princípio *in dubio, pro operario* seria aplicável para interpretação da norma jurídica, tão somente.

Não haveria que se falar na sua aplicação à apreciação do ônus da prova, porquanto "Uma coisa é a interpretação da norma para valorar seu alcance e outra muito diferente é a apreciação de um meio de prova para decidir a *litis*",<sup>39</sup> demonstrando entendimento de que o princípio em questão não serve para suprir a falta de prova.

ISIS DE ALMEIDA, por sua vez, esclarece que, "*No direito trabalhista, se o ônus da prova está em uma curtíssima disposição, suscetível, desde logo, de apelo ao CPC...*".

E acrescenta:

*"Se entendo que tenho um direito, deve haver um fato que o constitui. Esse fato é que tenho de expor à luz da verdade. Tenho o ônus de prová-lo. É o meu 'risco'. Desobrigando-me do encargo, pelo desempenho da incumbência, ganho. Se não o fizer, perco. Aí se instala a primeira regra do ônus da prova: inciso I do art. 333 do CPC(supra)".<sup>40</sup>*

Convém esclarecer que o fato *constitutivo* tem como efeito jurídico o nascimento do direito, constituindo uma relação jurídica. Assim, quando negado o vínculo empregatício pelo réu, competiria ao autor demonstrar a pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e remuneração.

Em contrapartida, o fato *impeditivo* visa a impedir que decorra de um fato o seu efeito normal. Assim, quando o réu alega a existência de falta grave, teria por meta apresentar um fato impeditivo, em oposição ao fato constitutivo do autor, que foi a despedida. Já o fato *modificativo*, não exclui e nem impede a relação jurídica, mas a modifica com o intuito de tornar improcedente o pedido, parcialmente. Nesse sentido, ao contrariar o reclamado a data de ingresso do reclamante, não a comprovando, seria eliminado parte do pedido formulado com a inicial.

Por fim, o fato *extintivo* seria aquele que faz cessar o liame jurídico, a exemplo de se juntar nos autos termo rescisório demonstrando o pagamento de aviso prévio, férias proporcionais com acréscimo de 1/3, gratificação natalina proporcional, etc.

A jurisprudência emanada dos Tribunais Trabalhistas adota majoritariamente a distribuição do ônus da prova indicada no art. 333 do CPC, valendo para tanto transcrever aqui o Enunciado no. 68 do Colendo TST, *in verbis*:

*"É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial".*

Ainda, é de se acrescentar o que leciona o eminente Professor JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, aduzindo que:

*"não há lugar para aplicar-se o princípio da proteção do economicamente fraco no Processo. Quer dizer, ele não é um princípio destinado ao Direito Processual porque se ele fosse aplicado no Processo, ele violaria um princípio que lhe é oposto, o da igualdade de tratamento processual das partes."*<sup>41</sup>

Da mesma forma entendendo o Prof. RONALD AMORIM E SOUZA que proferiu a seguinte lição:

*"Consideremos que há prova nos autos mas ela nos deixa com uma razoável dúvida. Aquele ônus subjetivo, onde vamos examinar, como Órgão do Estado, se efetivamente foi feito aquilo que a parte alegou como defesa, se foi feita a prova correspondente. Sempre há uma armadilha, principalmente na interpretação segundo aquela regra que diz in dubio pro operario. Nesse momento, há uma vontade enorme de decidir em favor do empregado, imaginando que, se a prova não foi suficiente ou se me deixou alguma dúvida, em alguma coisa, a regra deveria ser dessa natureza. Já que me pus em dúvida, já que o processo me causou a dúvida, que decida em favor do empregado. Ora, se nós consideramos o Direito do Trabalho como um direito privado - e efetivamente o é - nós teríamos que ver que um princípio das obrigações no direito privado é beneficiar o devedor, isto porque consideramos que o devedor é a parte mais débil, mais fraca, na relação jurídica. Quando nós nos pomos diante de uma relação trabalhista, o credor é o empregado, o devedor seria o empregador. Então, aquela máxima, aquela regra in dubio pro misero, que poderia nos auxiliar em alguma coisa, pode aumentar a perplexidade. Por que aumenta a perplexidade? Porque, efetivamente, este regramento - esta forma de interpretar - não foi feito para que se desse aplicação em decisão judicial. O princípio in dubio pro misero ou in dubio pro operario é regra de interpretação nas relações*

*que se estabeleçam entre empregados e empregadores, seja na dúvida quanto à aplicação de uma dada regra, seja na dúvida sobre a escolha de qual das regras aplicar, seja na hipótese de propiciar a condição mais favorável para o trabalhador.*"<sup>42</sup>

Aqui também há pronunciamentos judiciais, como se vê do trecho abaixo transcrito, retirado de decisão proferida no julgamento do RO 1559/1998.<sup>43</sup>

*"Entendo, aferrada na doutrina predominante, que ante a inexistência ou insuficiência de prova, ou mesmo, quando ambas as partes logram provar os fatos que alegaram, não está autorizado o julgador a decidir em face do princípio supra referido. Em tais situações, ao inverso, devemos nos render à regra processual que distribui o onus probandi. Convém frisar: ou se prova ou não se prova. Se em determinado caso, entretanto, as provas forem insuficientes (de ambos os lados), o resultado do provimento jurisdicional deve ser desfavorável a quem incumbia o onus probandi."*

## 5 Conclusão

É inegável a evidente evolução das normas processuais que regulam o ônus de provar, culminada com o que estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil.

A previsão do art. 818 da CLT não conflita com o estabelecido no CPC, sendo certo que a norma processual civil representa apenas um avanço do que estabelecido na CLT.

No entanto, considerando as especificidades inerentes ao Processo do Trabalho e às relações trabalhistas, não deve ser ignorado pelas partes litigantes e pelo magistrado, ainda que se tratando de matéria processual, que o princípio do *in dubio, pro operario* estará em vigor.

É nesse sentido a conclusão exarada no IV Congresso Ibero-Americano de Direito do trabalho, realizado em São Paulo, em 1972:

*"O princípio in dubio, pro operario incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do julgador não exista uma convicção absoluta derivada da análise das provas produzidas."*

Assim, respeitada a moderna e evoluída distribuição do ônus da prova e, ainda assim, havendo dúvida no espírito do julgador, devem os litigantes estar atentos que, na Justiça do Trabalho, é em favor do empregado que será resolvida a lide.

## Notas

- 1 **Novo Dicionário Aurélio.**
- 2 **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** Rio de Janeiro, , Ed. José Konfino, 1977, p. 1.196.
- 3 **Direito Judiciário do Trabalho.** Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 284.
- 4 **A Prova no Processo do Trabalho.** 4ª ed., Editora LTr, p. 108.
- 5 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 3ª ed., Depalma, p. 215.
- 6 **Curso de Direito Processual Civil.** V. I, Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 367..
- 7 ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** vol. 2, 8ª ed., LTr, p. 112.
- 8 *Op. cit.*, (nota 7), p.116.
- 9 CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho.** Vol. II, 3ª ed., LTr, p. 137.
- 10 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** Sarai-va, p. 338.
- 11 **Apud Curso de Direito Processual do Trabalho,** NASCIMENTO, Amauri Mascaro. p. 213.
- 12 *Op. cit.*, (nota 7), p. 177.
- 13 *Id. Ibid.* 254.
- 14 *Op. cit.*, (nota 7), p. 257.
- 15 *Id. Ibid.*, p. 263.
- 16 A Prova no Processo do Trabalho. Ltr, 7ª ed., São Paulo, 1997, p. 108.
- 17 **Sistema.** pp. 94-95.
- 18 *Id. Ibid.*, p. 109.
- 19 *Op. cit.*, (nota 17), p. 322.
- 20 *Id. Ibid.*, p. 373.
- 21 *Op. cit.*, (nota 5), 1951.
- 22 **Algunas Nociones fundamentales del Derecho Procesal del trabajo.** Tomo Tribunales de trabajo, publicado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, Santa Fé, 1944, p. 115.
- 23 GIGLIO, Wagner D. **Princípios de Direito do trabalho.** In: Traduzido. 3ª Ed. São Paulo : LTr, 2000 p. 107.
- 24 DEVEALI, Mario L. **Lineamientos de Derecho del Trabajo.** 2ª ed. Ed. Argentina : Buenos Aires, 1953, p. 152.
- 25 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Traduzido Apud CAPITANIO, Paolo. 1ª ed. BookSeller: Campinas, 1998, p. 444.
- 26 CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1977, p. 488, que na antigüidade, GELLIUS, Aulus. *Apud "Noctes Atticae"*, Livro XIV, Cap. II.
- 27 *Op. cit.*, (nota 10), p. 305.
- 28 *Id. Ibid.*, p. 306.
- 29 **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno.** São Paulo, trd. Bras. 1937, p. 133.

- 30 **Instituições...** . 18ª Ed. São Paulo: Ltr, 1999, p. 153.
- 31 *Op. cit.*, (nota 16), p.109.
- 32 *Op. cit.*, (nota 16), p. 114.
- 33 **La carga de la prueba en el proceso laboral.** IV Congreso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social. São Paulo, Tomo II, 1972, p. 479.
- 34 **Fundamentos para uma redistribuição do ônus da prova.** Anais do IV Congresso Ibero-Americano do Direito do Trabalho e Previdência Social. São Paulo, 1972, p. 591.
- 35 *Op. cit.*, (nota 33). *Apud In Princípios de Direito do Trabalho.* Americo Plá Rodrigues...p. 117.
- 36 TST - RR 2396/1979 - Fonte: DJ 27/06/1980 - Relator: MINISTRO REZENDEPUECH.
- 37 TST - RR 168261/1995 - Fonte: DJ 21/06/1996 p. 22573 - Relator: MINISTRO MANNA, Roberto Della.
- 38 TRT 17ª Região - RO 1879/1999 - Publicado no D.O. em: 19/07/1999 - Relator: Juiz DÓREA, Miguel Brotto.
- 39 **O princípio in dúbio, pro operarioi é inaplicável em matéria de prova.** Revista Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires, nov/73, p. 56 e seguintes.
- 40 *Op. cit.*, (nota 7), p. 116.
- 41 **A Prova No Processo Do Trabalho.** Anais dos Seminários da Escola Judicial do TRT 3ª Região - 1995/1997 - ([http://www.solar.com.br/~amatra/trt03\\_4.html](http://www.solar.com.br/~amatra/trt03_4.html)).
- 42 **A Distribuição Do Ônus Na Prática Da Prova.** Anais dos Seminários da Escola Judicial do TRT 3ª Região - 1995/1997 - ([http://www.solar.com.br/~amatra/trt03\\_1.html](http://www.solar.com.br/~amatra/trt03_1.html)).
- 43 TRT 17ª Região - Relatora: Juíza SANTOS LACERDA, Maria Francisca dos. Fonte: D.O. de 11/12/1998.

## Referências

- ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** v. 2, 8ª ed., LTr.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho.** Vol. II, 3ª ed., LTr.
- CLT - Saraiva.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 3a. Depalma.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 2ª ed., Renovar.
- FILHO, Manoel Antonio Teixeira. **A Prova no Processo do Trabalho.** 7ª ed. São Paulo : Ltr, 1997.
- GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho.** 7ª ed., LTr.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Código de Processo Civil Anotado.** 2ª ed., Forense.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo Trabalhista de Conhecimento.** LTr.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** Saraiva.
- SILVA, de Plácido E. **Vocabulário Jurídico.** 10ª ed., Forense.
- SOUZA, Ronald Amorim E. **Apontamentos de Processo do Trabalho,** Contraste Gráfica.

# Do Não Cabimento de Recurso de Revista Contra Julgamento do Agravo do Artigo 557, §1o, CPC

**Gustavo Adolfo Maia Junior**

*Advogado da CAIXA em Brasília*

*Pós-graduando em Processo Civil e Trabalhista na*

*Universidade Cândido Mendes/RJ*

**RESUMO:** O presente artigo trata do não cabimento de recurso de revista contra decisão proferida por turma de Tribunal Regional do Trabalho em julgamento de agravo previsto no artigo 557, parágrafo primeiro, do CPC. Considerando a instrumentalidade do processo, propõe-se interpretação ao artigo 896 da CLT consentânea à Constituição, à lei processual e à jurisprudência pertinente.

**Palavras-chave:** Direito processual do trabalho; instrumentalidade do processo; agravo interno; recurso de revista.

## 1 Introdução

Não cabe recurso de revista contra decisão proferida por turma de Tribunal Regional do Trabalho em julgamento de agravo previsto no artigo 557, parágrafo primeiro, do CPC. Essa proposição bem poderia ser o teor de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho e assim deveria ser, não para confirmar estreita leitura do dispositivo legal pertinente ao recurso de revista, mas, ao contrário, para dar ao artigo 896 da CLT interpretação consentânea à Constituição, à lei processual e à jurisprudência pertinente.

Sem dúvida, um dos desafios do judiciário brasileiro é cumprir uma de suas finalidades: a pronta entrega do provimento jurisdicional. Tal tarefa, entretanto, vê-se dificultada, pois meios próprios de impugnação de decisões legitimamente instituídos, no intuito de conferir segurança jurídica, tornam-se meras chincanas à produção de efeitos dos provi-

mentos judiciais, prejudicando a necessária celeridade, aspecto fundamental da efetividade do processo.

Tal aspecto está alçado à qualidade de direito fundamental por meio da inclusão, pela Emenda Constitucional 45, do inciso LXXVIII ao artigo quinto da Carta da República:

*"LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".*

Esse dispositivo, então, por conta da constitucionalização do processo (DINAMARCO, 2005), deve informar a todas as discussões relativas à jurisdição. Devem, portanto, prevalecer interpretações tendentes a, sem prejuízo grave da segurança jurídica, conferir ao modo de ser do processo configuração mais ágil e enxuta.

Essas circunstâncias se acentuam no trato do processo trabalhista. Apesar da ampliação da competência operada pela EC45, a Justiça do Trabalho continua cuidando essencialmente de relações de trabalho. Por suas características, os conflitos peculiares a tais relações exigem solução expedita. Seja na perspectiva do trabalhador, ao requerer o pagamento de verbas salariais, seja pelo ângulo do empregador, ao pretender pronta opinião judicial a respeito de política implantada na empresa, a jurisdição deve se efetivar trazendo, além da vontade concreta da lei, a pacificação social.

Nessa perspectiva, parece-nos razoável o entendimento de o artigo 896 não autorizar a interposição de Recurso de Revista contra decisão de Turma de Tribunal Regional do Trabalho em julgamento do Agravo previsto no parágrafo primeiro do artigo 557 do Código de Processo Civil. Assim, após a breve contextualização acima, cabe demonstrar o acerto dessa conclusão. Para tanto, passaremos à análise da lei, da jurisprudência e da doutrina respectiva ao caso.

## 2 Do Agravo

Tendo-se em mente a necessidade de desobstrução das pautas dos tribunais, com vistas a garantir o pronto provimento jurisdicional, as alterações do Código de Processo Civil resultaram em sucessiva extensão dos poderes do Relator dos recursos. Desse modo, especialmente em face do cotejo entre o caso concreto e precedentes cristalizados ou não em súmula, o juiz com assento em tribunal, por juízo monocrático, decide o apelo.

Nesse passo, o artigo 557 e o seu parágrafo 1º-A do Código de Processo Civil, com redação atual dada pela lei nº 9.756, de 17.12.1998, traz a seguinte expressão:

*Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*

*§ 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.*

*§ 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.*

*§ 2o Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.*

Dispõe, então, o relator, por juízo monocrático, da possibilidade de negar seguimento, dar ou negar provimento ao apelo. Ou seja, o relator, por poderes a ele conferidos pela lei, exara decisão respectiva a pressupostos de admissibilidade ou ao mérito da impugnação.

Na forma do parágrafo primeiro do mesmo artigo, contra tal decisão caberá agravo interno. Tal recurso, por procedimento próprio, será levado ao colegiado originalmente competente para o julgamento do recurso decidido monocraticamente. Esse é, em verdade, o ponto de virada para a exposição abaixo. Não há previsão legal para o cabimento de recurso de revista contra decisão de turma de regional em julgamento do agravo do parágrafo primeiro do artigo 557 do CPC.

Com efeito, a doutrina utiliza diversas nomenclaturas - cabimento, taxatividade, singularidade recursal, unirecorribilidade, para o mesmo fenômeno processual: a cada decisão corresponde um recurso específi-

co. Ressalvadas exceções - restritas basicamente a impugnação por meio de embargos de declaração, cabível contra todo pronunciamento, e do recurso especial pareado ao recurso extraordinário, cada *decisum* requer um e apenas um recurso próprio para ser transportar a irresignação do interessado dentro do mesmo processo.

Nesse diapasão, "o agravo previsto no §1º do art. 557 do CPC é o meio processual adequado de que dispõe a parte para impugnar a decisão do relator. Esse meio processual tem natureza de recurso, porque é remédio voluntário idôneo a ensejar a provocação de novo pronunciamento por outro órgão judicial (colegiado), para que este reforme ou invalide a decisão monocrática" (CARVALHO, 2005, p.103). Incontestemente, portanto, a natureza recursal do agravo interno. Essa circunstância impede a incidência do disposto no artigo 896 da CLT quando, por aplicação subsidiária (CLT, 769), o juiz trabalhista com assento em tribunal julga monocraticamente.

Em realidade, a disposição do artigo 896 não autoriza a Revista contra toda decisão de turma regional. Além da construção jurisprudencial (Súmula 218 TST, v.g.), internamente a amplitude do artigo está limitada também pela expressão "proferidas em grau de recurso ordinário", inscrito na cabeça do artigo:

*Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho.*

Outro ponto crucial para a hipótese ora apresentada é a interpretação do dizer "em grau de recurso ordinário". Antes, contudo, de discorrer sobre a doutrina subjacente a essa questão - se o relator, no caso, possui competência própria ou delegada para julgar monocraticamente, cabe referência à legislação processual civil, pois lá se encontra expressão parelha.

O artigo 530 do CPC, com redação da lei 10.352/01, traz:

*Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.*

Ao dispor assim, conforme o resultado do julgamento, caberão os embargos infringentes do julgamento da apelação. Ou seja, ao dizer "em grau de" o legislador quis significar "no julgamento de". *A fortiori*, a previsão do artigo 896 permite a interposição de recurso de revista apenas contra acórdão que decide o recurso ordinário. Ao julgar o agravo interno, a Turma não julga dissídio individual em grau de recurso ordinário, delibera, é certo, sobre o agravo interno.

Com efeito, negado provimento ao agravo interno, o acórdão confirma o juízo monocrático. Provido o agravo interno, na forma da parte final do parágrafo primeiro do artigo 557 do CPC, o recurso outrora julgado individualmente terá seguimento para apreciação pelo colegiado. Dessa maneira, não há como se entender julgado o dissídio individual em grau de recurso ordinário quando levado ao colegiado o agravo interno, pois redundaria no contra-senso de, caso provido este último recurso, haver duplo julgamento do mesmo recurso.

Não há, de toda sorte, alegar-se a aplicação da citada parte final do 557 do CPC somente nas hipóteses de negativa de seguimento do recurso. O legislador, nesse artigo, empregou a expressão livremente, como se vê na cabeça do artigo, porquanto não se nega seguimento a apelo manifestamente improcedente, nega-se-lhe provimento. Devendo-se, para a uniformidade de procedimento, assim se realizar na hipótese do recurso contra a decisão monocrática descrita no parágrafo 1-A do mesmo artigo.

### 3 Da Competência para o Juízo Monocrático

Não se sustenta, também, o entendimento de o relator usar de competência delegada do órgão colegiado para decidir monocraticamente e, em conseqüência, o agravo interno seria apenas reiteração da impugnação original. Precisamos, portanto, humildemente, discordar das seguintes palavras de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

*"Como o relator, ao exercer suas atribuições jurisdicionais, de regra age por delegação do colegiado a que pertence, a lei ressalva ao recorrente, cuja pretensão haja sido in limine rejeitada pelo relator, o direito de reiterar o apelo perante o próprio colegiado" (CARNEIRO, 1997, p. 68).*

Socorre-nos nesse ímpeto, a palavra do Min. MILTON LUZ PEREIRA:

*"(...) mesmo assegurada a intervenção do colegiado (artigo 545 e §1º do art. 557, CPC), pela viseira do sistema e valorizados os precedentes, quanto ao recurso especial, está inequívoco que o relator julga. E, julgando, constitui pronunciamento com a mesma força cognitiva e dispositiva de julgado concretizado pelo colegiado. De tal sorte, no âmbito recursal, pelo alargamento da influência dos precedentes, a decisão do relator tem equivalência do aresto edificado pelo órgão fracionário competente. Em verdade, outra vez pensando com Eduardo Couture, as alterações cultuam a presteza nos autos processuais: 'o tempo no processamento é mais que ouro, é justiça'". (STJ, 1ª T, REsp 237.652-RJ, rel. Min. José Delgado, DJU, 12.05.2003, j. 19.11.2002)*

O entendimento de Carneiro acena para hierarquia entre órgãos jurisdicionais autônomos - juiz com assento em tribunal e o colegiado. Contudo, tal conclusão não deve prevalecer:

*"De fato, as sucessivas alterações por que passou tal regra resultam da necessidade de criação de instância recursal com procedimento e competência diversa do colegiado, mas, nem por isso, menos importante. E a possibilidade de atacar o julgamento monocrático por meio do agravo disciplinado no §2º do art. 557 não poderia ensejar interpretação em sentido contrário, representando, isso sim, manifestação autêntica do princípio da unirrecorribilidade 'segundo o qual, para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto pelo ordenamento". (LIMA, 2005, p. 464)*

De tal sorte, resolve-se a questão da competência para o juízo monocrático; trata-se de hipótese de deslocamento de parte da competência do colegiado (turmas, câmaras, plenário etc.) para o relator (VIVEIROS, 2003). Tal alteração, com efeito, pautou-se pela aceleração dos procedimentos nos tribunais, de modo a dar efetivo cumprimento ao mandamento constitucional relativo à celeridade nos processos. Não há, por conseqüência, atentado ao princípio do devido processo legal. Há, ao contrário, a busca pelo aperfeiçoamento do sistema processual brasi-

leiro no sentido da garantia e realização da instrumentalidade do processo (DINAMARCO, 2005).

#### 4 Da Instrumentalidade do Processo

Em verdade, o segredo dos sistemas processuais realmente efetivos encontra-se na razoável ponderação entre dois capítulos da jurisdição: a certeza e a celeridade. Em nome da certeza jurídica, poderiam ser admitidos meios de impugnação bastantes para saciar a irresignação dos interessados no processo, perpetuando a discussão e postergando a produção de efeitos do pronunciamento judicial. Entretanto, o processo não se presta apenas à atuação da vontade concreta da lei; o processo zela pela pacificação das relações sociais. Nesse intuito, a solução jurisdicional deve ser tão rápida.

Melhor explana BARBOSA MOREIRA:

*"Não fica circunscrita, em regra, a um único pronunciamento a apreciação, pelo organismo investido da função jurisdicional, da matéria que lhe compete julgar. Com o propósito de assegurar, na medida do possível, a justiça das decisões, contempla a lei a realização de dois ou mais exames sucessivos, ao passo que, por outro lado, a fim de evitar que se sacrifique a necessidade de segurança, cuida de limitar o número de revisões possíveis." (BARBOSA MOREIRA, 2005, pp. 113)*

Pode haver, entretanto, quem considere a sistemática proposta pelo artigo 557 como indevida alteração da estrutura processual nacional, restringindo, mesmo suprimindo o acesso aos recursos inerentes ao contraditório e à ampla defesa. Contudo, não há razão em tal temor ou reprimenda à reforma. *"Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível)" (NERY JUNIOR, 2004).*

Nessa esteira, o ordenamento processual brasileiro deve ser aplicado em consonância com os princípios informadores postos na Constituição da República. Entender, portanto, incabível o recurso de revista das decisões que julgam o agravo interno converge na direção de mais prontas respostas jurisdicionais, sem desrespeito ou atentado a salvaguardas constitucionais ao processo e aos litigantes. A proposição não pode, por isso,

ser desconsiderada ou rejeitada por alienígena, excessiva ou forçada. Em verdade, a inexistência de recursos para instâncias extraordinárias, ressalvada as competências constitucionais - recurso especial e recurso extraordinário, não é situação inédita ou inovadora ao atual tratamento dispensado, especialmente no Tribunal Superior do Trabalho - TST, aos recursos cabíveis, mas sem fundamento admissível.

## 5 Do Direito Processual Sumular

É sabida dos advogados atuantes na Justiça do Trabalho a incidência predominante das Súmulas do TST respectivas a regras processuais e procedimentais. Dá-se no processo do trabalho a complementação do reduzido tratamento legal, pela CLT, das normas de direito processual do trabalho referentes a recursos. Exacerba-se, de fato, o dito por Nery Junior na seguinte passagem:

*"Nada obstante as súmulas não terem, ainda, efeito vinculante a outros tribunais e órgãos do Poder Judiciário, sabe-se que as editadas por tribunais superiores gozam de imenso prestígio e são normalmente acatadas pelos magistrados brasileiros"* (NERY JUNIOR, 2004, p. 145).

Súmulas editadas pelo TST, além de conferirem certeza jurídica para os julgamentos monocráticos, acenam para a admissão da hipótese apresentada nesse texto, pois por sucessivos precedentes, cristalizados em tais súmulas, o processo do trabalho é construído nas cortes recursais. Nessa construção, principalmente em vista da mais efetividade nos julgados, a tendência (salutar) é a redução dos recursos, restringindo-se ou o cabimento ou a matéria a ser veiculada (CRUZ E TUCCI, 2004).

Nesse diapasão, são significativos os exemplos no direito processual sumulado a respaldar o não cabimento do recurso de revista contra o julgamento do agravo interno. De início, cabe apontar para a Súmula 218/TST:

*RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO  
É incabível recurso de revista interposto de acórdão regional prolatado em agravo de instrumento.*

Vemos, então, a proximidade entre a hipótese aventada e entendimento já consolidado pelo Superior Trabalhista.

A incidência de tal súmula ocorre mais comumente no julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória, do juízo *a quo*, de seguimento de recurso ordinário. Mantido o trancamento do recurso ordinário, caberia apenas Recurso Extraordinário, caso se verifique violação à letra da Constituição. Como não se observa a revisão ou o cancelamento de tal súmula, apesar da irresignação daqueles manejadores de incorreta via recursal, bem como a confirmação, pelos TRT e pelo TST nos casos concretos, da inadmissão de Revista contra a decisão regional turmária em agravo de instrumento, têm-se a legalidade e a legitimidade do teor da referida súmula.

A pertinência dessa súmula é particularmente importante para espantar estranheza em alguns, nascida do fato da interposição de Recurso Extraordinário diretamente em Tribunal Regional do Trabalho.

Aproveitemos, também, a melhora na redação da Súmula 353/TST para transcrevê-la:

**EMBARGOS. AGRAVO. CABIMENTO**

*Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais de decisão de Turma proferida em agravo, salvo: a) da decisão que não conhece de agravo de instrumento ou de agravo pela ausência de pressupostos extrínsecos; b) da decisão que nega provimento a agravo contra decisão monocrática do Relator, em que se proclamou a ausência de pressupostos extrínsecos de agravo de instrumento; c) para revisão dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, cuja ausência haja sido declarada originariamente pela Turma no julgamento do agravo; d) para impugnar o conhecimento de agravo de instrumento; e) para impugnar a imposição de multas previstas no art. 538, parágrafo único, do CPC, ou no art. 557, § 2º, do CPC.*

Pelo enunciado dessa súmula, a regra é o não cabimento dos embargos (CLT, 894), apesar da previsão legal ampla para sua admissão.

Pertinente, ademais, é o item b da súmula, pois admite recurso de embargos contra decisão de Turma do TST negativa de provimento a agravo interno cujo objeto trate de pressuposto extrínseco do agravo de instrumento inadmitido monocraticamente. Cuidando de pressuposto intrínseco ou do mérito do agravo, ou não cabe o recurso ou deverá atender aos estritos limites postos nos demais itens da súmula.

O teor da Súmula 266/TST, por sua vez, não agride, mas confirma o nosso entendimento. Com o seguinte texto, a citada súmula destaca a exceção inscrita no parágrafo segundo do artigo 896. Este artigo cria hipótese de cabimento de Recurso de Revista para os casos de violação literal à Constituição Federal no julgamento de agravo de petição.

*RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA*

*A admissibilidade do recurso de revista interposto de acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação de sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, depende de demonstração inequívoca de violência direta à Constituição Federal.*

Ou seja, o cabimento de recurso de revista em processo na fase de execução está restrito à hipótese de violação da Carta Magna, não se confundindo, portanto, com a disposição da cabeça do artigo.

Em face dessas três súmulas, torna-se inegável a possibilidade e mesmo a conveniência de se interpretar a legislação processual de maneira a assegurar a agilidade do processo como ora proposto. Negar admissão a recursos infundados e/ou protelatórios, como são aqueles ofensivos a remansosa jurisprudência de tribunais superiores e do Supremo, não é ofensa ao acesso ao Judiciário ou às regras daí decorrentes. É, sim, efetivação da garantia constitucional (CRFB, 5º, LXXVIII)

Além disso, como destacado por Estefânia Viveiros, em trabalho sobre o tema (VIVEIROS, 2003), o Supremo Tribunal Federal - STF atesta a especificidade do julgamento do agravo interno repercutir na interposição de recursos:

*"Apreciando a matéria, ora em discussão, o STF emitiu a Súmula 599 cujo teor é o seguinte: 'São incabíveis embargos de divergência de decisão de turma em agravo regimental'.*

*"Constatou-se que os precedentes que fundamentam a edição da Súmula 599 do STF se referem exclusivamente aos acórdãos prolatados em agravos internos (antigo 'regimental') contra decisão singulares proferidas em sede de agravo de instrumento." (VIVEIROS, 2003, p. 171)*

Inevitável, portanto, admitir como válida a hipótese aqui levantada, porquanto represente interpretação consentânea da letra da lei aos princípios e dispositivos constitucionais do processo, além de encontrar, desde já, respaldo na jurisprudência e na doutrina, seja quanto à validade do raciocínio subjacente à hipótese, seja quanto à possibilidade de seu trânsito do campo teórico para o campo prático.

## 6 Conclusões

Em face do exposto, as seguintes conclusões podem ser extraídas:

1. A celeridade do processo é valor assegurado constitucionalmente (CRFB, 5º, LXXVIII), devendo pautar a interpretação e a aplicação das normas processuais.

2. Para atender a instrumentalidade peculiar ao processo, faz-se necessária a redução das hipóteses de cabimento de recursos.

3. Os Tribunais Superiores, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho, restringem, por construção jurisprudencial, as hipóteses de cabimento de recursos.

4. Não é estranho ao sistema processual brasileiro, tampouco ofende o princípio do duplo grau de jurisdição, a inexistência de recursos para Tribunais Superiores.

5. A ampliação dos poderes do relator inscritas no artigo 557 é instrumento de agilização do processo, pois tende a reduzir o tempo de processamento nos tribunais, e visa garantir a segurança jurídica, porquanto faça prevalecer os entendimentos consolidados das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Superiores.

6. Os poderes do relator, especialmente para julgar recursos, representam deslocamento de competência, originalmente creditada a órgão colegiado.

7. O agravo interno (CPC, 557, §1º) tem natureza recursal e impugna a decisão relativa ao julgamento do recurso.

8. A decisão colegiada que julga o agravo interno não julga o recurso originalmente interposto.

9. O artigo 896 da CLT prevê o cabimento de recurso de revista do julgamento colegiado de recurso ordinário, constituindo a disposição de seu parágrafo segundo hipótese diversa e ampliativa do teor do *caput*.

10. Não cabe recurso de revista contra decisão proferida por turma de Tribunal Regional do Trabalho em julgamento de agravo previsto no artigo 557, parágrafo primeiro, do CPC.

Parece-nos, enfim, demonstrada a validade da hipótese contida logo no primeiro parágrafo desse trabalho e reproduzida na conclusão 10. Entendemos justificada a interpretação para o artigo 896 da CLT ora sugerida, pois apresenta solução convergente a efetivação de dispositivos e valores constitucionais, prestando leitura atual e pertinente à norma do processo. De igual sorte, a solução oferecida não ofende a sistemática processual vigente, seja a positivada na lei, seja a construída pela jurisprudência, podendo ser incorporada ao cotidiano da jurisdição trabalhista.

## Referências

- ALMEIDA, José Antônio. *O agravo interno e ampliação dos poderes do relator*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR, Nelson (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 7).
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAMBI, Accácio. *Aspectos polêmicos na aplicação do art. 557 do CPC*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR, Nelson (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 7).
- CARNEIRO, Athos Gusmão de. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CARVALHO, Fabiano. *Princípios do contraditório e da publicidade no agravo interno*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR, Nelson (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 8).
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: 12a. Edição. Malheiros, 2005.
- LIMA, Patrícia Carla de Deus. *Sobre o julgamento monocrático dos embargos de declaração, nos tribunais, de acordo com a regra do art. 557 do CPC*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR, Nelson (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 8).
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8a. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito do processo Enrico Tullio Liebman, v. 21)
- VIVEIROS, Estefânia. *Agravo interno e ampliação dos poderes do relator*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR, Nelson (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 7).

# O Direito ao FGTS e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Legitimidade da Restrição Legal das Hipóteses de Saque

**Fabiano Jantalia Barbosa**

*Advogado da Caixa em Brasília*

*Pós-Graduando em Direito do Estado pela UERJ*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a controvérsia jurídica que envolve determinar se, por influência do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, do direito ao saque do FGTS em hipóteses não expressamente previstas pela lei n.º 8.036/90, que rege o Fundo de Garantia. Ao longo do trabalho, é feito um estudo acerca da sistemática e teleologia da norma de regência do FGTS, cotejando seus fundamentos com as modalidades de eficácia da dignidade humana e com o conteúdo do direito à saúde e moradia tal como concebidos pela Constituição Federal.

**Palavras chave:** FGTS - hipóteses de saque - interpretação - princípio da dignidade da pessoa humana

## 1 Introdução

Ao longo de seus quase 40 anos de história, o FGTS tem marcado sua trajetória com uma presença constante nas prateleiras do Poder Judiciário, não apenas pela quebra de paradigma que sua criação representou, mas também pelo grande caleidoscópio de interesses que congrega, formado a partir das múltiplas relações jurídicas existentes entre os atores envolvidos, o que potencializa as chances de conflitos de interesse.

De modo especial, a interpretação da Lei n.º 8.036/90 tem sido objeto de crescente discussão jurisprudencial relativa ao direito ao saque dos recursos das contas fundiárias, disciplinado no art. 20 daquele diploma legal. O tema já chegou aos Tribunais Superiores, havendo um

razoável número de precedentes do Superior Tribunal de Justiça adotando os fundamentos expendidos pelos fundistas, não sendo raros os casos em que um particular tenha tido êxito em seu intento judicial.<sup>1</sup>

O principal argumento aduzido pelos litigantes - geralmente portadores de doenças não elencadas na lei ou mutuários não integrantes do SFH - é o caráter social da norma, o que, segundo eles, induz necessariamente à conclusão de que as hipóteses de saque previstas na Lei n.º 8.036/90 não são taxativas, mas meramente exemplificativas. Frequentemente, é invocado o princípio da dignidade da pessoa humana para sustentar a possibilidade de saque do FGTS não apenas nas hipóteses e condições previstas no art. 20 da norma, mas em toda e qualquer situação que exponha o fundista a situação de grave necessidade.

Em vista da repercussão jurídica e econômica de tal posicionamento jurisprudencial - face ao tradicional efeito multiplicador de ações que os precedentes da Cortes Superiores têm - é deveras importante analisar de forma mais detida a matéria. Contudo, um exame realmente consistente da questão reclama que se transponha a mera discussão acerca de qual método interpretativo deve ser aplicado à Lei n.º 8.036/90.

Faz-se necessário, na verdade, um estudo mais aprofundado sobre o regime do FGTS, que contemple de suas raízes a seus frutos, buscando estabelecer uma relação entre o instituto fundiário e a própria dignidade humana, apresentando alguns balizadores para a análise da questão. É desse propósito se ocupará o presente artigo.

## **2 A Controvérsia Acerca da Restrição Legal das Hipóteses de Saque do FGTS e seus Prismas de Análise**

A grande controvérsia que envolve a interpretação do art. 20 da Lei n.º 8.036/90 e, neste contexto, a tentativa de reconhecimento judicial do direito ao saque do FGTS, reside em determinar se a movimentação do saldos da conta vinculada pelo fundista está restrita às hipóteses previstas no mencionado dispositivo ou não. A relevância prática da escolha do caminho trilhado pelo intérprete está em que, caso se entenda que a redação do art. 20 é taxativa, o acesso do trabalhador aos recursos de sua conta vinculada somente se dá nos casos estritos mencionados pelo texto legal, não comportando assim qualquer tipo de extensão de seus efeitos a casos semelhantes, ainda que por aplicação de analogia ou equidade. De outra sorte, caso se entenda que a redação do dispositivo objeto da controvérsia é meramente exemplificativa, ficará o intérprete autorizado a

concluir pela possibilidade de saque do FGTS ainda que tal permissivo não esteja descrito com precisão na norma de regência.

Na prática, a diferença entre uma e outra linha repercute drasticamente não apenas sobre o direito subjetivo do trabalhador, mas também sobre todo o arcabouço jurídico, econômico-financeiro e institucional construído pelo legislador para o regime do Fundo de Garantia.

Diante dessa discussão, tímidas são as manifestações doutrinárias encontradas, sendo poucos os que se aventuram a tratar do espinhoso tema. Sérgio Pinto Martins, por exemplo, sustentando que o direito de saque do FGTS é um direito condicional, afirma que somente poderá ser exercido de acordo com as hipóteses contidas na lei.<sup>2</sup> Tal opinião é compartilhada por Eduardo Gabriel Saad, que defende que as hipóteses do art. 20 são *numerus clausus* e não exemplificativas, não sendo dado ao intérprete redimensionar, ainda que analogicamente, esse dispositivo.<sup>3</sup>

Totalmente diverso, entretanto, é o entendimento que vem ganhando força na jurisprudência, sobretudo no seio do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento de ações que apreciam pedido de reconhecimento do direito de fundistas de sacar os recursos de suas respectivas contas vinculadas de FGTS em situações peculiares, como para aquisição de moradia fora do SFH ou em caso de doenças não elencadas pela Lei n.º 8.036/90, a Egrégia Corte tem prestigiado o entendimento de que o saque de recursos da conta fundiária é possível mesmo em situações não previstas naquele diploma legal, tendo em vista a finalidade social da norma de regência do FGTS.

Uma boa síntese das idéias que vêm prevalecendo nos julgados do STJ sobre a matéria pode ser encontrada na decisão proferida por aquela Corte Superior no Recurso Especial n.º 670.027/CE, de que foi relatora a Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon, cuja ementa, por seus judiciosos fundamentos, é digna de transcrição:

**FGTS - LEVANTAMENTO DO SALDO - MAL DE PARKINSON - POSSIBILIDADE.**

- 1. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma.*
- 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do*

*Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.*

*3. Precedentes da Corte.*

*4. Recurso especial improvido.*

O voto condutor do acórdão em testilha apresenta um abrangente relato da jurisprudência do STJ na interpretação do art. 20 da Lei n.º 8.036/90, tecendo observações interessantes sobre a evolução do rol de hipóteses de saque previstos e sobre como as inúmeras decisões daquele Tribunal, de alguma forma, fizeram o legislador a se curvar diante de seu entendimento.

Esclarece a Ministra, em seu voto, que a jurisprudência daquela Corte tem fundamentado suas decisões no alcance social da lei, para concluir que o rol de hipóteses não é taxativo, devendo comportar, em casos excepcionais, a liberação do saldo em situações ali não previstas. Após citar vários precedentes nesse sentido, a Ministra assevera:

*Em resumo, todas as hipóteses citadas revelam situações fáticas de necessidades vitais prementes e extraordinárias, que, a par de exceder as forças ou as possibilidades do trabalhador, poderiam ser atendidas, ao menos em parte, pelo numerário existente em suas contas do FGTS, pela aplicação da analogia ou interpretação extensiva ao dispositivo que autoriza a liberação dos respectivos saldos.*

*O principal fundamento jurídico que autoriza a liberação dos depósitos, além do fato de as importâncias depositadas na conta vinculada serem de propriedade do próprio titular e da finalidade social do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é a necessidade de se dar aplicação a um princípio constitucional fundamental previsto na Constituição de 1988, o da dignidade da pessoa humana.*

O acórdão sob comento retrata com fidelidade o posicionamento atual do STJ, o que, aliás, é demonstrado no corpo da própria decisão, recheada de citações de julgados pretéritos que trilharam o mesmo sentido, ao analisar a extensão do direito ao saque por motivo de saúde<sup>4</sup> ou uso para moradia própria<sup>5</sup>.

Tais decisões, no entanto, além de colidir frontalmente com o posicionamento da doutrina especializada, suscitam um interessante conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo, uma vez que, a pretexto de atender a necessidades particulares e individuais de certos trabalhadores, pode-se, em tese, estar sacrificando os interesses da coletividade e desviando o FGTS de sua verdadeira finalidade, que é, antes de tudo, um fundo destinado a garantir o pagamento da indenização do tempo de serviço, mas que se presta também ao papel de fundo de fomento, através da aplicação de seus recursos em programas sociais de habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana. Em ambos os aspectos, portanto, o FGTS, embora formado por depósitos individualizados feitos em nome de cada trabalhador integrante do regime, além de outras receitas que lhe foram atribuídas, também se destina ao atendimento de necessidades coletivas.

Assim sendo, sob um prisma diferente de abordagem, transgredir os limites previstos pela Lei n.º 8.036/90 para, em nome da dignidade humana, garantir o direito de saque do FGTS aos trabalhadores em hipóteses não especificadas naquele dispositivo, poderia, em alguma medida, comprometer a consecução de uma das finalidades precípua do Fundo e que também reverte em prol da dignidade da pessoa humana: o financiamento de programas sociais voltados para o desenvolvimento urbano. Por outro lado, limitar-se aos estritos ditames legais para negar ao empregado o direito de saque em certas situações - em que muitas vezes o saldo da conta vinculada de FGTS é o único bem de que ele dispõe - poderia implicar numa restrição de acesso desse trabalhador a um direito fundamental, como a saúde ou a moradia, aviltando sua dignidade.

É diante desse conflito que se coloca o Judiciário quando aprecia demandas individuais relativas ao saque do FGTS: duas dimensões de direitos em conflito, mas recursos limitados para atender a ambas na mesma extensão. Esse autêntico "cabo-de-guerra" de direitos é resultado da contraposição de interesses, ao menos pontual, entre o autor da ação judicial - que deseja sacar seu FGTS para atendimento a necessidades não previstas na lei e que, por isso, não teve seu pleito atendido na via administrativa - e a coletividade, beneficiada com as aplicações dos recursos do Fundo, que são, em alguma medida, lastreadas com os recursos que o litigante deseja para si.

É nesse contexto que se faz necessário cotejar as normas e valores envolvidos, analisando os efeitos pretendidos pela Lei n.º 8.036/90 em matéria de uso de recursos do Fundo, e a própria essência do direito à saúde e direito à moradia, para investigar se, mesmo à luz do

princípio da dignidade da pessoa humana, é realmente justificável a eterna prevalência dos interesses individuais sobre os coletivos, tal como preconiza a jurisprudência até aqui predominante no Superior Tribunal de Justiça.

### 3 Considerações sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua Eficácia Jurídica

A Constituição Federal de 1988, à semelhança do que ocorreu com diversas Constituições contemporâneas, reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Todavia, o sistema introduzido pela Carta Magna sobre a dignidade é bastante complexo, não apenas porque se encontra disperso por todo o texto, mas também porque a Constituição, partindo do princípio mais fundamental exposto no art. 1º, inciso III, utilizou na construção desse sistema normas jurídicas de diferentes modalidades e níveis de eficácia, abrangendo princípios, sub-princípios e regras.<sup>7</sup>

Conforme anotado por Daniel Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha um importante papel no ordenamento jurídico como um todo. Diz ele:

*“O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano - razão última do Direito e do Estado”.*<sup>8</sup>

Como o próprio Sarmento afirma, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de substrato para a própria legitimação ética da Constituição, afigurando-se ainda como um limite indeclinável para a atuação do Estado, de tal modo que todo ato normativo, administrativo ou judicial que macular a dignidade humana será considerado inválido e desprovido de eficácia jurídica, ainda que não afronte expressamente a um dispositivo constitucional.<sup>9</sup> Por outro lado, o princípio da

dignidade da pessoa humana é também um norte para a atuação estatal positiva, na medida em que, além de não praticar atos que atentem contra ele, o Estado deve promover a dignidade humana através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.<sup>10</sup>

Discorrendo sobre a eficácia jurídica de que se reveste tal princípio, Ana Paula de Barcellos, cogitando dos aspectos da eficácia das normas jurídicas, aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em faixas diferentes de sua extensão. Segundo ela, é possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica à faixa que compõem o seu núcleo, o chamado mínimo existencial, que abrange condições materiais básicas para a existência digna do indivíduo, à qual se atribui o caráter de regra do princípio constitucional.<sup>11</sup> Para além desse núcleo, nota-se outras modalidades de eficácia jurídica, na esfera política, em que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como um viés interpretativo (eficácia interpretativa) ou como uma barreira de contenção para obstar ações políticas que o violem ou restrinjam (eficácia negativa ou vedativa do retrocesso).<sup>12</sup>

Uma interessante questão seria, então, definir o que compõe na verdade o mínimo existencial, o divisor de águas entre os níveis de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. Discorrendo sobre o assunto, Ricardo Lobo Torres os define como condições mínimas de existência humana digna que não podem ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exigem prestações positivas<sup>13</sup>, cuja proteção se fundamenta nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e no princípio da igualdade.<sup>14</sup> Por sua vez, Marcos Maselli Gouvêa sustenta que o mínimo existencial consiste num "complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição completa da liberdade e à dignidade da pessoa humana".<sup>15</sup>

Através de um minucioso exame sistemático da Constituição Federal, Ana Paula de Barcellos defende que o mínimo existencial é composto de quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Tais elementos compõem o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, aos quais se reconhece eficácia jurídica positiva ou simétrica e, portanto, a condição de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.<sup>16</sup>

A partir dos ensinamentos colhidos, é possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana possui seu nível máximo de eficácia quando se trata de direitos como educação, saúde, assistência aos desamparados e acesso à justiça, tornando legítima não apenas a conces-

são de prestações positivas requeridas pelos indivíduos frente ao Estado, como também a adoção de interpretação de ato normativo, administrativo ou judicial que em maior extensão privilegie a concretização da dignidade humana.

Em face de tanto, é perfeitamente válido sustentar que, fora deste núcleo da dignidade, representado pelo mínimo existencial, sua eficácia se reveste de menor intensidade, obrigando o operador do direito a cogitar das possibilidades de atendimento aos reclames individuais, sujeitando-se, assim, à chamada reserva do possível.

#### **4 O Direito ao FGTS e as Dimensões da Dignidade Humana**

Como é cediço, o patrimônio do FGTS é formado, dentre outras receitas, por contribuições compulsórias instituídas pelo Poder Público. Tais exações, num primeiro momento, revertem em favor do trabalhador, que é o titular da conta vinculada, mas sua repercussão, ainda que de forma mediata, se projeta para muito além do prisma individual, fazendo-se sentir em toda a sociedade brasileira - até mesmo para os cidadãos que estão fora do regime - em razão da estreita vinculação do Fundo com a política nacional de desenvolvimento urbano, que canaliza os recursos arrecadados para aplicação nas políticas setoriais de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana estabelecidas pelo governo federal.

Tal constatação permite que se vislumbre a existência de duas dimensões da dignidade humana relacionadas ao FGTS. Assim, sob um prisma de análise que considera como elemento central a pessoa do titular da conta vinculada, é possível identificar uma dimensão individual da dignidade, representada pelo atendimento a necessidades exclusivas e particulares do fundista, passíveis de satisfação pelo uso dos recursos da conta vinculada individual. Por outro lado, se examinado o FGTS à luz da ampla destinação social conferida aos seus recursos, identifica-se uma espécie de dimensão coletiva da dignidade humana, expressada através do provimento de condições básicas de existência aos cidadãos que, direta ou indiretamente, são beneficiados com investimentos em saneamento básico, habitação e infra-estrutura urbana, tendo acesso a dignas condições de vida.

Ocorre que, apesar de ambas as dimensões se afigurarem como de grande importância, são frequentes os posicionamentos jurisprudenciais que, analisando o direito de saque dos recursos do Fundo de Garantia, dão prevalência quase automática à dignidade individual do fundista, deixando de cogitar da repercussão de movimentações isoladas das con-

tas vinculadas sobre a dimensão coletiva da dignidade, que, como visto, beneficia um grande contingente de cidadãos.

Considerando que o presente trabalho se propõe a analisar tais posicionamentos, cumpre então explicitar um pouco melhor as características e os limites de cada uma dessas dimensões, especificando de que forma cada uma delas se apresenta a partir da sistemática vigente do FGTS.

#### **4.1 A Dimensão Individual da Dignidade**

Visto sob a ótica individual, o FGTS foi concebido para socorrer o trabalhador na cessação do vínculo de emprego ou em situações excepcionais durante a vigência deste<sup>17</sup>, sendo a principal garantia de indenização em caso de demissão não justificada pelo empregador, de doença grave, aposentadoria ou do seu falecimento. Sob tal perspectiva, é importante frisar a posição de Luís Roberto Barroso, que aduz que "o FGTS visa, principalmente, amparar o trabalhador no momento em que fica sem trabalho, procurando preservar suas condições de sobrevivência".<sup>18</sup>

O enfoque eminentemente individualista do Fundo o concebe como um mero conjunto de contas vinculadas, que constituem uma massa de recursos que visam à tutela de direitos privados e individuais<sup>19</sup>. Nesse sentido, diz-se que a movimentação da conta de FGTS está voltada para a garantia de níveis mínimos da dignidade individual da pessoa do fundista, que poderá então lançar mão dos recursos não apenas nos casos ordinários de cessação do contrato de trabalho, mas também quando se fizer presente uma necessidade particular, como doença, desastre natural ou mesmo para fins de moradia, proporcionando sua aquisição, quitação ou abatimento de financiamento imobiliário.

Dentro dessa linha, a dignidade humana aqui tem contornos individuais, e a análise de sua concretização leva em conta apenas a situação ou as necessidades pessoais e fundamentais do titular da conta vinculada, não cogitando de qualquer aspecto externo a ele, como uma eventual repercussão social do FGTS. A dimensão individual da dignidade, então, vai privilegiar linhas de interpretação da Lei n.º 8.036/90 que exaltem o direito do fundista, como único detentor de direitos sobre aqueles recursos, partindo do pressuposto de que a conta vinculada é patrimônio do fundista.

#### **4.2 A dimensão Coletiva da Dignidade**

Se analisado sob outro prisma, mais abrangente, o FGTS é fonte de recursos para investimento em habitação popular, saneamento básico e

infra-estrutura urbana, afigurando-se como instrumento de fomento, por destinar crédito a setores e atividades geradoras de emprego e bem estar social<sup>20</sup>. Essa alocação de recursos se dá segundo as diretrizes traçadas pelo Conselho Curador, as quais, por força do art. 5º da Lei n.º 8.036/90, devem ser elaboradas em consonância com a política nacional de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais estabelecidas pelo Governo Federal. Nessa ótica, o FGTS é concebido como muito mais que um conjunto de contas vinculadas, sendo, em verdade, um instrumento público de poupança compulsória e de financiamento de políticas públicas<sup>21</sup>.

Dentro dessa perspectiva coletiva sob a qual o Fundo deve ser engergado, é digno de nota o fato de que, segundo as diretrizes atuais para aplicação dos recursos do FGTS fixadas pela Resolução do Conselho Curador n.º 286/98 - cuja vigência vem sendo sucessivamente prorrogada por outras resoluções - no mínimo 60% dos investimentos são destinados ao segmento de habitação popular, enquanto que os projetos de saneamento básico e infra-estrutura urbana, que correspondem aos demais 40%, são elaborados de forma sempre complementar aos programas habitacionais.

Atualmente, os recursos do FGTS são aplicados numa série de programas sociais específicos. Como gestor dos recursos destinados à habitação, saneamento e transporte no governo federal, o Ministério das Cidades redefiniu recentemente a distribuição dos recursos do FGTS, com a finalidade de priorizar a população de renda entre 0 e 5 salários mínimos, onde, segundo o ministério, se concentra 90% do déficit habitacional do país.<sup>22</sup>

Todos estes dados e informações sugerem inequivocamente que, além da dimensão individual do FGTS - consubstanciada a partir de sua visão como mero conjunto de contas vinculadas de titularidade de cada fundista - há uma pronunciada dimensão social desse direito, construída a partir da ampla destinação dos recursos do Fundo, que é ratificada pela grande massa da população, marcadamente de baixa renda, beneficiada pelos programas financiados com seus recursos.

Dito de outra forma: para o titular da conta vinculada, os recursos representam a garantia de sua indenização; para a população, especialmente em sua parcela mais pobre, a reunião desses recursos representa moradia, saneamento básico e infra-estrutura urbana, elementos que indubitavelmente conduzem à dignidade dos beneficiados.

Fala-se aí então numa dimensão coletiva da dignidade, que tem como elemento central a garantia de condições mínimas de existência aos cidadãos que se vêem beneficiados com a implementação do desen-

volvimento urbano, notadamente a partir da garantia de saneamento básico e de um teto para diversas pessoas, e não apenas aos fundistas.

Essa concepção é de extrema relevância para o presente estudo, por fornecer um importante contraponto para a análise do direito ao FGTS: se é invocada a dignidade da pessoa humana para amparar o direito individual do titular da conta de sacar os recursos fora das hipóteses previstas em lei, também se deve cogitar de invocá-la para resguardar o direito à população de baixa renda em se ver beneficiada por aqueles recursos, na forma de programas sociais.

## **5 Os Efeitos Gerais Pretendidos Pela Lei do FGTS e os Obstáculos à Atuação do Judiciário**

Embora a criação do FGTS tivesse por objetivo primordial viabilizar o pagamento da indenização por tempo de serviço ao empregado que fosse demitido sem justa causa, as leis fundiárias editadas até hoje sempre previram a possibilidade de utilização dos recursos da conta vinculada pelo trabalhador por outras razões que não a demissão sem justa causa.

A Lei n.º 5.107/66, em seu art. 8º, além das clássicas hipóteses de demissão, aposentadoria e uso em moradia própria, franqueava o acesso aos recursos da conta vinculada para aplicação em atividade comercial, industrial ou agropecuária em que o trabalhador tivesse se estabelecido ou para compra de equipamento destinado à atividade natureza autônoma de que ele se ocupasse. Permitia ainda o uso desses recursos por motivo de casamento da trabalhadora e, ainda, para atender a "necessidade grave e premente, pessoal ou familiar". Com a alteração do regulamento inicial do Fundo introduzida pelo Decreto n.º 61.405/67, o empregado podia movimentar sua conta vinculada mesmo quando a extinção do contrato de trabalho se desse por acordo.

Originalmente, portanto, a sistemática legal do FGTS albergava um conjunto significativo de possibilidades de uso dos recursos pelo fundista, revelando um viés assistencial do trabalhador, direcionado para o atendimento de suas necessidades tanto profissionais quanto pessoais consideradas relevantes. Todavia, ao se confrontar o texto original com o texto das leis que lhe sucederam, ver-se-á que houve, ao longo do tempo, uma gradual mas sensível redução das hipóteses de movimentação das contas vinculadas, demonstrando clara preocupação do legislador em reduzir o ritmo de saída dos recursos do FGTS, a pretexto de beneficiar a política habitacional.<sup>23</sup>

Com a edição da Lei n.º 7.839/89, foram suprimidas todas as hipóteses excepcionais de movimentação dos valores fundiários previstas na lei anterior, dando-se ênfase bem maior à utilização voltada para moradia própria. Como forma de compensação, foi aberta a possibilidade de uso dos recursos quando a conta vinculada ficasse inativa - isto é, sem receber depósitos - por mais de 3 anos. Mas o fato é que, descontada essa inovação e as hipóteses tradicionais associadas à dissolução do vínculo trabalhista ou falecimento do trabalhador, o uso do FGTS para fins habitacionais passou a ser então a única alternativa permitida pelo legislador.

Comentando esse fenômeno, Eduardo Gabriel Saad, com grande propriedade, afirma:

*“O FGTS se agigantou e, pouco a pouco, de instrumento que era para garantir o tempo de serviço do empregado transformou-se num Leviatã, com vida própria e fins diferentes. Hoje, o FGTS e seu agente operador (a CEF) vinculam-se tão intimamente com a economia nacional, com a política habitacional e com a normal evolução da indústria da construção civil que a garantia do tempo de serviço foi relegada para um segundo plano. Reside nessa distorção o gradual endurecimento das normas legais e regulamentares referentes à movimentação das contas vinculadas”.*<sup>24</sup>

Com a entrada em vigor da Lei n.º 8.036/90 e, sobretudo, com as alterações que foram posteriormente efetuadas em sua redação, o leque de opções foi sendo, pouco a pouco, ampliado para abranger outras possibilidades de movimentação, seja por vicissitudes políticas do momento, seja pela crescente jurisprudência favorável aos fundistas, especialmente em caso de doenças.

Atualmente, as hipóteses de saque contempladas em lei podem ser apresentadas em seis grupos ou categorias, de acordo com suas características comuns: indenização por extinção do vínculo empregatício; saque em razão de inatividade ou saída do regime do FGTS; saque para utilização na moradia própria; saque por problema de saúde do trabalhador ou de seu familiar; saque para atender a necessidade pessoal do trabalhador em razão de desastre natural; outras hipóteses especiais.

Ao examinar detidamente todo o regime instituído tanto pela Constituição Federal quanto pela Lei n.º 8.036/90, vê-se que o objetivo pri-

meio do legislador foi criar um sistema de garantia das indenizações do tempo de serviço, para substituir o então vigente regime da estabilidade. De modo reflexo, o legislador, aproveitando o ensejo da formação de grande patrimônio a partir do depósito prévio e compulsório das contribuições dos empregadores, destinou a aplicação desses recursos ao fomento da política de desenvolvimento urbano, com ênfase declarada nas políticas setoriais de habitação, saneamento básico e infra-estrutura.

Da origem do FGTS, extrai-se que sua criação não foi direcionada para a formação de uma massa de recursos destinados ao atendimento e necessidades sociais inespecíficas. Tampouco se cogitou de dar ao Fundo uma natureza de meio assistencialista exclusivo e incondicional do trabalhador. Pelo contrário, a opção majoritária firmada pelo Estado brasileiro remonta à necessidade de atender a finalidades bem delimitadas para o instituto.

É justamente por isso que as hipóteses legais de saque não relacionadas ao objetivo primeiro do FGTS - qual seja, indenizar o trabalhador demitido sem justa causa - sempre foram bastante restritas. Esta foi a fórmula deliberadamente escolhida pelo legislador para garantir a vinculação do Fundo às suas raízes: limitar o direito ao saque individual primordialmente ao fim a que se destina o regime e a outras hipóteses excepcionabilíssimas, para que se tenha uma maior disponibilidade de recursos para o atendimento à segunda finalidade, que é o fomento dos segmentos de saneamento básico, habitação e infra-estrutura urbana.

Essa escolha majoritariamente manifestada retira sua legitimidade das prerrogativas democraticamente conferidas ao legislador ordinário para a efetivação das disposições constitucionais, sobretudo em matéria de direitos sociais. Nesse sentido, colhe-se a lição de José Carlos Vieira de Andrade, que, com maestria, afirma

*No âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, a vinculação do legislador não é absoluta nem sequer sua actuação é determinada no essencial pela Constituição. Neste campo, o legislador dispõe de liberdade de conformação e estabelece autonomamente a forma e a medida em que concretiza as imposições constitucionais respectivas. A não ser assim, e dado o âmbito alargado da matéria, a função legislativa seria degradada em mera função executiva da Constituição.<sup>25</sup>*

Presentes tais ensinamentos, nota-se que o caminho trilhado pelo legislador, ao disciplinar os casos de saque do FGTS orientou-se pelo rigoroso atendimento às finalidades precípuas estabelecidas, também majoritariamente, para o Fundo de Garantia. Ciente de que o uso irrestrito dos recursos em situações estranhas às necessidades que orientaram sua criação acabaria por inviabilizar sequer uma eficácia mínima a todos, a sociedade, através de seus legítimos representantes, optou por sacrificar o acessório que poderia ser conferido a alguns, para garantir o principal a todos.

Mas não apenas isso foi feito. Para garantir a efetividade da destinação social do FGTS, e, concomitantemente, com o fito de proteger o patrimônio do Fundo contra ondas sazonais de saques decorrente de demissões em momento recessivo, o legislador tratou de incrementar suas fontes de recurso. Para tanto, incorporou ao FGTS outras receitas, explicitadas atualmente no art. 2º, § 1º da Lei n.º 8.036/90, valendo citar como exemplo as multas, correção monetária e juros moratórios devidos em razão de recolhimento em atraso, as dotações orçamentárias específicas, os resultados das aplicações com recursos do Fundo e quaisquer outras receitas patrimoniais auferidas. A lei ainda autorizou a incorporação ao patrimônio do FGTS dos saldos das contas não individualizadas e das contas vinculadas que se conservem ininterruptamente sem créditos de depósitos por mais de cinco anos, contados a partir de 1º de junho de 1990, em razão de o seu titular ter estado fora do regime do FGTS, o que demonstra bem que os recursos fundiários não apresentam matiz unicamente individual.

Nada obstante, a própria gestão do patrimônio do Fundo foi dotada de fortes contornos democráticos, já que seus recursos são desvinculados do Tesouro Nacional e sua administração não é conduzida diretamente pelo governo, mas sim por um Conselho Curador composto por representantes da sociedade como um todo, agregando membros do governo, das entidades patronais e das representações sindicais. Ora, não há como negar que a atribuição do comando da administração do Fundo de Garantia ao Conselho Curador, em que têm voz os próprios trabalhadores, confere grande legitimidade às decisões alocativas de recursos, permitindo que o direcionamento de recursos se faça segundo as necessidades sociais do momento.

Em síntese, trata-se de uma opção cuidadosamente arquitetada nos moldes democráticos, à qual, por certo, não pode se sobrepor a vontade individual de um fundista ou de um magistrado. Com efeito, ante a sua legitimidade e regularidade constitucional, tal opção somente pode ter sua aplicação obstada por ações intentadas na mesma via em que se

construiu: a via legislativa. Nesse contexto, cabe ao Judiciário atuar tão somente, e quando provocado, nos casos em que, por desvios de execução, as finalidades essenciais do FGTS não estejam sendo cumpridas, ocasião em que a sociedade poderá se valer de meios processuais como a ação civil pública ou ação popular, por exemplo.

Atuação diversa do Poder Judiciário, sobrepujando os desígnios do legislador ou pretendendo, como regra, estender-lhes a situações não albergadas na concepção original do FGTS, encontraria óbices de diversas naturezas. Em primeiro plano, poder-se-ia afirmar que, ao atuar no sentido da realização prática do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a exigibilidade direta de prestações positivas em face do ente público, o Judiciário está se imiscuindo em seara de decisões que caberiam a rigor ao Legislativo e ao Executivo.<sup>27</sup> Nesse sentido é, por exemplo, a posição de Marcos Maselli Gouvêa, que assevera que "o suprimento de imprecisões normativas verificáveis no texto normativo seria uma atividade alheia ao Poder Judiciário, justamente pela inexistência de critérios objetivos que permitissem aos juízes, tecnicamente, fundamentar uma ou outra interpretação".<sup>28</sup>

Outra questão, apontada por Gustavo Amaral, encerra a constatação de que o Poder Judiciário está, em princípio, direcionado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são apresentadas, que constituem o plano da microjustiça, da justiça do caso concreto<sup>29</sup>, o que faz com que, ordinariamente, o magistrado deixe de cogitar, em suas decisões, de implicações que transcendam a órbita individual.

No entanto, ao firmar uma opção pela análise das questões sob a ótica puramente individual, sem cogitar da repercussão de suas decisões sobre a coletividade - naquilo que seria, segundo a concepção do mencionado autor, um exercício de macrojustiça - o magistrado, no julgamento de lides que têm por objeto direitos sociais, muitas vezes invoca a finalidade social das normas para, curiosamente, privilegiar seu aspecto individual, à revelia de seus possíveis efeitos sobre o restante do corpo social.

Há que se sopesar, porém, que, em decorrência dos ditames constitucionais da isonomia e da impessoalidade, a justiça aplicada ao caso concreto deve, inexoravelmente, ser aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar.<sup>30</sup> Portanto, a decisão acerca de concessão de tutela tendente à efetivação prática de direitos sociais em ações judiciais individuais deveria ser, necessariamente, precedida de um exame da possibilidade de seu deferimento a todos que estejam em semelhante situação, atentando para a natural limita-

ção de recursos do Fundo de Garantia. Não se pode deixar de cogitar do ônus financeiro que é imposto ao FGTS com o deferimento de tais medidas judiciais, e as limitações daí advindas, já que, como adverte Flávio Galdino, "os direitos e sua efetivação [...] dependem sempre e necessariamente de recursos públicos. Tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez de recursos públicos".<sup>31</sup>

Não há como negar a difícil situação em que é posto o juiz quando se defronta com uma pessoa, identidade e história pessoal reclamando o direito ao saque do FGTS para atendimento a problemas de saúde ou para aquisição ou quitação de financiamento de moradia fora das hipóteses previstas pela Lei n.º 8.036/90. É previsível que o julgador imagine que, concedendo o pedido do autor, estaria ele garantindo a saúde ou moradia pelo menos àquele indivíduo, por duvidar que os recursos do FGTS estejam sendo realmente aplicados pelo Poder Público, ou ainda sob o fundamento de que, sendo a lei fundiária uma norma de caráter social, deve ela ser aplicada para a satisfação de todo reclame que emane da sociedade.

O problema é que, ao possibilitar o uso individual dos recursos de FGTS além das hipóteses previstas em lei, o Judiciário também não está contribuindo para a generalização do direito à saúde ou do direito à moradia, por exemplo. Ao revés, tais decisões acabam por se transformar em veículos de perversa forma de distribuição de renda na sociedade brasileira, impondo a todos que custeiem determinadas necessidade de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obter uma decisão favorável.

A atuação do órgão judicante, assim, além dos problemas já citados, ainda atenta contra os preceitos isonômicos, resolvendo a situação de uma pessoa, mas criando problemas para a efetivação de direitos para tantos outros e é por isso que se diz ser necessário cogitar da repercussão social desse tipo de decisões.

A propósito do assunto, cumpre trazer a lume a prudente advertência de Teresa Negreiros, que destaca que os direitos fundamentais do homem que constituem o substrato da dignidade da pessoa humana consubstanciam princípios que ora têm em vista a dimensão individual ora a dimensão social da pessoa, sem que haja, em tese e abstratamente, uma hierarquia ou preponderância entre uma e outra.<sup>32</sup> A autora destaca ainda que

*"A funcionalização axiológica da dignidade da pessoa humana, portanto, não pode servir a teses que,*

*de um lado, defendam a supremacia do interesse dito individual sobre o público - já que não mais se trata de proteger o indivíduo em si mesmo - nem que, de outro lado, invoquem este valor como fundamento para uma invariável sobreposição do interesse dito público sobre o privado".<sup>33</sup>*

Em vista do que se expôs neste capítulo, é de se concluir que a escolha majoritária firmada pelo Estado brasileiro para o FGTS foi no sentido de se valer de seus recursos para a garantia da indenização por tempo de serviço do trabalhador e, paralelamente, financiar o desenvolvimento urbano. Dessa destinação específica, e da prerrogativa constitucionalmente assegurada ao legislador ordinário de conformar os direitos sociais constitucionalmente assegurados - preservando-lhe, por certo, sua efetividade - é que resulta a legitimidade da restrição, imposta pela própria Lei n.º 8.036/90, de estabelecer restrições ao saque das contas vinculadas.

Em respeito à decisão alocativa firmada em lei, conclui-se também que a atuação do Judiciário não pode ser incondicionalmente pautada pela perspectiva individual, sob pena de promover uma perversa forma de distribuição de renda que privilegia os litigantes judiciais em detrimento da coletividade, o que não se justifica nem mesmo à luz do princípio da dignidade humana.

Cumpre, então, investigar em que deve de fato estar baseada a análise casuística das pretensões individuais a saque do FGTS, tema este que será objeto do capítulo seguinte.

## **6 O Enfoque Proposto para a Análise da Questão**

No caso em exame, diante da implicação social do tema, não seria intelectualmente honesto<sup>34</sup> que a solução da controvérsia se restringisse meramente a determinar, através do emprego de técnicas de hermenêutica, se a redação do art. 20 da Lei do FGTS é taxativa ou meramente exemplificativa. Afinal, reconhecer a preponderância do interesses de um dos lados para afirmar que o saque de FGTS pode ou não pode ser efetuado fora das hipóteses previstas na lei de regência do instituto significa, inevitavelmente, impor uma gravosa restrição ao outro.

Tome-se, por exemplo, a situação de um fundista que proponha uma ação visando ao reconhecimento do direito a sacar o saldo de sua conta vinculada de FGTS por ser portador do Mal de Parkinson, doença degenerativa grave, mas que não está prevista no rol de hipóteses de

saque da Lei n.º 8.036/90. Na prática, a esta pretensão pode ser contraposta à expectativa de centenas de outras pessoas que poderiam ser beneficiadas, por exemplo, com a construção de rede de esgotamento sanitário em determinada comunidade carente. Em última análise, o dilema pode ser colocado nos seguintes termos: quem tem mais direito a estes recursos, o fundista portador de doença grave, originalmente não prevista em lei para autorizar o saque do FGTS, ou as pessoas habitantes da comunidade carente?

Considerando que se está diante de um cenário de limitação de recursos do FGTS, e, ainda, que estão em jogo direitos a prestações positivas de algum modo colidentes - por envolver a entrega de dinheiro ao particular versus a construção de casas populares ou de rede de saneamento básico à população - é forçoso atestar que, nada obstante o reconhecimento teórico da capacidade do Poder Judiciário de buscar a concreção das normas que cuidam da dignidade humana, o ponto nodal da questão está em definir a extensão da legitimidade dessa atuação.<sup>35</sup>

Como pontua Ana Paula de Barcellos, é evidente que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas de maneira ampla, nem cabe ao juiz impor a sua convicção política, o que representaria o colapso da separação dos poderes e a perigosa concentração de poderes na instância judicial.<sup>36</sup> Por outro lado, no entanto, a reconhecida sindicabilidade das prestações positivas relativas aos direitos sociais perderia toda a sua consistência caso o Judiciário se negasse a conhecer dos problemas concretos que lhe são apresentados.

Na busca de uma solução, a autora propõe a atribuição de eficácia jurídica positiva ao núcleo da dignidade humana, o chamado mínimo existencial, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para determinar as prestações necessárias à sua satisfação.<sup>37</sup> Assim, sempre que estivesse em questão um dos direitos compreendidos no universo do mínimo existencial, o Judiciário estaria legitimado a se valer do princípio da dignidade da pessoa humana para extrair, em suas decisões, o máximo efeito possível da norma, o que, contudo, fica mitigado para os direitos que se encontrassem fora desse universo, em que tal princípio teria uma eficácia meramente interpretativa ou vedativa de retrocesso.

Diferente é a posição de Gustavo Amaral, que aduz que, neste tipo de situação, não cabe ao Judiciário fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção, seja pela concreção. Segundo o autor, a decisão judicial deve ser sempre circunstancial, respeitando a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e de suas necessidades, devendo o magistrado projetar o conteúdo da pretensão

positiva do particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo tal violação, caberá então ao magistrado questionar as razões do Estado para suas escolhas - no caso, a aparente opção legislativa em impor restrição ao direito à movimentação das contas vinculadas de FGTS - fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar ou não a opção estatal.<sup>38</sup>

Essa linha de interpretação, orientada pelas circunstâncias do caso concreto, encontra ressonância na lição de Teresa Negreiros, que destaca

*“Com efeito, não se quer - muito pelo contrário - negar que no centro do ordenamento jurídico está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também em respeito a si mesma. Esta assunção, porém, deve sujeitar-se a um exame que considere as circunstâncias concretas, únicas capazes de fornecer dados quantitativos, de preponderância, que, como vimos, constituem o fundamento legítimo para relacionar hierarquicamente interesses públicos e privados simultaneamente presentes em toda a relação juridicamente relevante”.*<sup>39</sup>

Trazendo a discussão para o âmbito do FGTS, vê-se, pela própria natureza casuística das demandas - cada qual invocando a dignidade humana para ver reconhecido o direito ao saque da conta fundiária do litigante judicial - que a aplicação do conceito de mínimo existencial não é capaz de, isoladamente, resolver o problema, sendo necessário conjugá-lo com alguns outros elementos.

Em primeiro lugar porque, conforme pondera Gustavo Amaral, a teoria do mínimo existencial cogita apenas do grau de essencialidade da pretensão, deixando assim de considerar que a exigibilidade de um determinado direito não decorre apenas de características óticas da realidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta.<sup>40</sup> Isto é, o grau de essencialidade de determinada pretensão não é necessariamente estático e invariável, pelo contrário, sofre influência das circunstâncias do caso concreto ou do direito em discussão.

Ademais, se por um lado o fundista invoca a essencialidade do direito à saúde ou do direito à moradia para, em nome de sua dignidade,

justificar a pretensão de sacar os recursos de sua conta vinculada fora das hipóteses legais, por outro também se pode invocar a extrema dependência da população carente dos programas sociais financiados com os recursos do Fundo para ter acesso a esses mesmos direitos. Seria, em síntese, um confronto dos mínimos existenciais, o que conduziria a questão para um impasse intransponível.

Parece então bastante adequada a formulação do autor acima citado, no sentido de que as prestações positivas tidas como essenciais são exigíveis pelo cidadão e devem ser fornecidas pelo Estado, a menos que haja circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todos que demandam prestações essenciais, o que, portanto, tornará inexorável uma escolha trágica. Logo, se estiverem presentes estas circunstâncias, haverá o espaço de escolha, no qual o Estado poderá estabelecer critérios de alocação dos recursos, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada por aqueles que não estão enquadrados nos critérios.<sup>41</sup>

Diante do que já se expôs, é de se concluir que a análise do direito ao saque do FGTS para casos não previstos na Lei n.º 8.036/90 depende de um exame mais específico e concreto do conteúdo dos direitos em jogo, de forma a investigar, também sob os prismas da essencialidade e da excepcionalidade das pretensões atualmente controvertidas no Judiciário, se negar o acesso aos recursos do FGTS fora daqueles casos implica em violar os preceitos da dignidade humana.

Em outras palavras, se dos efeitos pretendidos pela lei do FGTS já se pode concluir que este fundo não se presta ao papel de monte de socorro do fundista, é preciso analisar se, sob a influência do princípio da dignidade da pessoa humana, há circunstância excepcional capaz de legitimar o saque dos recursos da conta vinculada fora das hipóteses estabelecidas pela norma de regência do regime.

Levando em conta que a controvérsia situa-se basicamente em torno do saque dos saldos de contas vinculadas por motivo de saúde e para fins de moradia do fundista, cumpre dedicar linhas específicas a cada situação.

## **7 A Legitimidade da Restrição Legal ao Saque do FGTS por Problema de Saúde**

Como se sabe, o efeito desejado pelas normas constitucionais que tratam da dignidade humana e do direito à saúde, com destaque especial para os artigos 6º e 196 da Carta Maior, é o de que os indivíduos tenham acesso às prestações necessárias à sua proteção, promoção e recuperação. Destarte, o Poder Judiciário poderá se valer da eficácia posi-

tiva do princípio da dignidade da pessoa humana para viabilizar o acesso do indivíduo às prestações de saúde.

Ocorre que essa atuação do Judiciário não está legitimada para toda e qualquer prestação, mas apenas para aquelas que compõem o mínimo existencial, o núcleo essencial de direitos, não podendo assim fazê-lo em relação a outras quaisquer que estejam fora desse conjunto.<sup>42</sup> O grande problema é estabelecer o que comporia esse mínimo em matéria de direito à saúde, e, ademais, se a via judicial de liberação individual de recursos do FGTS é realmente o meio adequado de promover a satisfação dessa pretensão.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que embora a Constituição tenha garantido o direito à saúde a todos os cidadãos, a garantia desse direito não pode se dar de forma aleatória, ou personalizada, já que o direito que a Carta Magna propugna é, por certo, o direito isonomicamente garantido a todos em mesma medida, não se coadunando assim com distorções geradas por conveniências ou necessidades particulares.

Da redação do Texto Fundamental, Ana Paula de Barcellos extrai que o Constituinte estabeleceu quatro prioridades para a área de saúde, quais sejam: o saneamento básico, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica.

Conjugando sistematicamente essas normas com o sistema constitucional como um todo e com as limitações orçamentárias inerentes ao Estado, a autora afirma que embora os efeitos isolados pretendidos pelas normas que tratam do direito à saúde fossem mais amplos, apenas um núcleo básico desses efeitos é dotado de eficácia jurídica positiva, cujo conteúdo é indicado pelo Constituinte através dessas prioridades listadas.<sup>43</sup> Quanto ao que não se encontrassem dentro da órbita do mínimo, caberia invocar apenas as eficácias interpretativa e vedativa do retrocesso.

É bem de se ver então que a escolha do Constituinte, ciente de seus recursos restritos, foi concentrar esforços para a garantia do melhor nível possível de saúde para o maior número de pessoas, o que o levou a eleger como foco de sua proteção a saúde básica da população, como forma de garantir condições dignas de existência a todos. Esse, portanto, é o universo do mínimo existencial delimitado pelo Constituinte.

Na prática, as decisões judiciais que reconhecem o direito ao saque de recursos fundiários em desacordo com a lei representam uma verdadeira decisão alocativa de recursos promovida pelo Judiciário. Isto é, ao assegurar a um litigante judicial o direito a receber seu FGTS fora das

hipóteses previstas pela Lei n.º 8.036/90, ainda que para atender a razões de saúde, o magistrado está, na verdade, afetando parte dos recursos do Fundo para o custeio de tratamento individual, particular e privilegiado da saúde de uma pessoa, em detrimento de tantas outras que talvez só possam ter acesso aos serviços de saúde básica - que, como visto, foram eleitos como prioridade pelo Constituinte - através desses recursos.

Assim, nada obstante atentar contra o princípio da isonomia e da separação de poderes, a decisão judicial assim proferida ainda gera a negação do nível mínimo de saúde a muitos (já que de algum lugar deverão ser subtraídos os recursos para honrar com o saque determinado judicialmente) para satisfazer a interesses de apenas um, impedindo a implementação das próprias prioridades consagradas pela Constituição Federal.

Segundo Gustavo Amaral, tem-se aí uma ingenuidade positivista, construída com aforismos como "se está na Constituição ou na lei é para ser cumprido", a partir dos quais se conclui que o Poder Público é responsável pela saúde de todos, não importando o valor envolvido ou suas limitações e recursos.<sup>44</sup> Em interessante passagem sobre esta mesma controvérsia, José Reinaldo Lima Lopes, de forma aguda, comenta

*"A prestação de serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social".<sup>45</sup>*

Diante disso, evidencia-se o fato de que, ainda que, por absurdo, não se levasse em conta as graves violações aos princípios da isonomia e da separação de poderes, ainda haveria um grande dilema a resolver: seria justo negar a dignidade humana a muitos para que se possa garantir a dignidade humana a um só?

Assim se coloca a discussão porque, como já narrado, não apenas a movimentação individual da conta vinculada do litigante atrai a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, os recursos do FGTS destinados aos programas sociais também contribuem para a garantia da dignidade a milhares de brasileiros, contribuindo de forma decisiva para lhes assegurar um nível mínimo de saúde. Fato é que, ao fornecer recursos para investimento em saneamento básico, o Fundo atua de forma determinante para a promoção da saúde básica, uma vez que o saneamento - que compreende desde a captação, tratamento e distribuição de água até o esgotamento sanitário - é uma das medidas de saúde básica mais importantes da atualidade<sup>46</sup>.

A título de ilustração, cabe ressaltar que, segundo estimativas de especialistas, a ausência de saneamento é responsável por mais de 80% da mortalidade infantil e pela ocupação de mais de 50% dos leitos dos hospitais brasileiros por pessoas acometidas de doenças de veiculação hídrica, ou seja, de enfermidades transmitidas pela água.<sup>47</sup> Há ainda dados que revelam que 80% das doenças decorrem da má qualidade da água consumida pela população ou da falta de esgotamento sanitário.<sup>48</sup> Entre os serviços de saneamento básico, o esgotamento sanitário é o que tem menor presença nos municípios brasileiros. Segundo o IBGE, dos 4.425 municípios existentes no Brasil, em 1989, menos da metade (47,3%) tinha algum tipo de serviço de esgotamento sanitário e, 11 anos mais tarde, os avanços não foram muito significativos: dos 5.507 municípios, apenas 52,2% eram servidos.<sup>49</sup>

Os números apresentados ajudam a demonstrar algo que intuitivamente já se poderia perceber: a estreita relação entre o uso dos recursos do FGTS em financiamento de programas de desenvolvimento urbano e a promoção da saúde básica da população. Conjugando tal assertiva com as prioridades estabelecidas pelo Constituinte em matéria de saúde, não pode ser outra a conclusão senão a de que o Fundo repercute decisivamente em pelo menos duas vertentes do mínimo existencial preconizado pela Carta Magna: saneamento básico e prevenção de doenças. Funcionam assim os recursos fundiários como verdadeiros instrumentos de acesso da população a um mínimo de dignidade humana, propiciando, portanto, pungente garantia do mínimo existencial aos cidadãos beneficiados, em perfeita correspondência com os níveis básicos de saúde que o Constituinte buscou conferir a todos os cidadãos.

Por outro lado, a liberação do saldo de conta vinculada a um litigante específico para atender a problemas de saúde não elencados na

Lei n.º 8.036/90, além de reduzir os recursos disponibilizados para a destinação social já mencionada, busca atender a pretensão que, segundo demonstrado em linhas anteriores deste estudo, está situada além dos limites do mínimo existencial, ultrapassando em muito a seara da garantia da saúde básica - objetivo primeiro buscado pela Constituição Federal quando trata do tema - para abraçar procedimentos médicos curativos bastante específicos.

Neste conseqüente, descaberia invocar a eficácia positiva ou simétrica do princípio da dignidade da pessoa humana, já que, como já se viu, ela somente têm aplicabilidade ao mínimo existencial. Isto equivale a dizer que somente se poderia cogitar da eficácia interpretativa deste princípio, já que, pelas circunstâncias em jogo, não haveria pertinência da eficácia vedativa do retrocesso. Impõe-se então retomar o preceito de que a eficácia interpretativa do princípio da dignidade da pessoa humana e das normas a ele relacionadas sugere que, dentre as várias interpretações possíveis, deve-se escolher aquela que melhor realiza o princípio. Em seguida, é preciso revigorar também boa parte das razões já expendidas para que se apure como, em matéria de FGTS e direito à saúde, a dignidade humana restaria mais realizada.

Assim é que, numa análise racional que leve em conta as finalidades precípuas do Fundo de Garantia e as prerrogativas de tomada de decisões alocativas de recursos, não se pode enveredar pelo caminho que leve ao infinito, que possibilite o acesso indiscriminado aos recursos fundiários, sob pena de, inicialmente, comprometer a estabilidade do sistema e a própria consecução de seus fins precípuos.

Cotejando a destinação dos recursos do FGTS para financiamento de obras de saneamento básico com a destinação individual ao fundista em hipóteses extra-legais individualmente consideradas pelo Judiciário, ver-se-á que este não espelha os preceitos da dignidade humana com tanta intensidade quanto aquele. É óbvio que o acesso a esses recursos pelo fundista (ou seu parente) acometido de determinada doença contribuiria de alguma forma para minorar seu sofrimento, através do custeio de tratamento e aquisição de medicamentos, por exemplo. Nesse sentido, não se pode negar que o uso dos recursos da conta vinculada individual estaria relacionado ao acesso ao direito à saúde e, em alguma medida, à preservação de sua dignidade.

Todavia, a decisão judicial que assim o determina coloca o fundista em situação privilegiada frente a todos os demais integrantes do regime, conferindo-lhe direito a prestação que, a par de se encontrar fora

dos limites do mínimo existencial, não tem como ser concedida a outros, em face das limitações financeiras do FGTS, e que o próprio fundista poderia obter de outra forma, sem comprometer a estabilidade do sistema.

Cabe destacar que o próprio legislador, atento aos desígnios constitucionais de garantir o direito à saúde em maior extensão ao maior número de fundistas possível, sem descuidar da saúde financeira do FGTS, ainda tratou de franquear o acesso aos recursos fundiários para os problemas de saúde mais comuns. Instituiu, assim, a possibilidade de saque do FGTS em caso de câncer, AIDS e, em demonstração de sensibilidade, para ocasiões em que o fundista ou seu parente que se encontre em estágio terminal, em razão de doença grave. Isto é, o legislador, de forma extraordinária, já esgarçou o tecido normativo para além do mínimo existencial preconizado pelo Constituinte, chegando até onde podia em prol do direito à saúde.

Paralelamente, não se pode olvidar que este mesmo direito pleiteado na via judicial em face do FGTS, que já tem seus propósitos específicos, poderia ser satisfeito, também na via judicial, através de demanda que fosse dirigida contra o Estado, deixando de impor assim ao Fundo um dever que não está previsto em sua lei de regência. Embora uma demanda dessa natureza provavelmente fosse receber como resposta boa parte dos argumentos exposto neste trabalho, o fato é que, se o fundista acredita ter direito a ver financiado seu tratamento médico e a lei do FGTS não prevê socorro em hipóteses específicas, deveria ele, com muito mais razão, dirigir sua pretensão contra a Fazenda Pública - que tem, por definição, a missão de arcar com as despesas necessárias à satisfação das necessidades sociais gerais - em lide específica na qual se poderia proceder a um exame acerca da excepcionalidade da situação.

Pelo exposto, conclui-se que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, é legítima a limitação imposta pela referida Lei n.º 8.036/90 ao direito de saque dos fundistas, não se justificando a liberação de recursos de conta vinculada de FGTS por motivo de saúde não previsto na referida lei. Pelo contrário, este mesmo princípio, cotejado com o mínimo existencial previsto pelo Constituinte para o direito à saúde e com as finalidades idealizadas para o Fundo de Garantia, serve de base para legitimar a escolha feita pelo legislador, no sentido de restringir o uso dos recursos fundiários pelo trabalhador a casos bem específicos, em razão da pronunciada repercussão social do instituto.

## 8 A Legitimidade da Restrição Legal ao Saque do FGTS para Uso na Moradia Própria

O direito à moradia, é, atualmente, um direito social expressamente assegurado a todos os cidadãos pela Constituição Federal. Todavia, consoante ensina Ingo Sarlet, a despeito de sua recente inclusão no rol do art. 6º da Carta Política, é possível afirmar que nossa ordem constitucional vigente já consagrava um direito fundamental implícito à moradia, pela sua estreita ligação com as necessidades vitais da pessoa humana, integrando aquilo que na esfera internacional tem sido designado como direito a um adequado padrão de vida.<sup>50</sup>

Da leitura do Texto Constitucional, nota-se que a opção do Constituinte brasileiro de 1988 não foi a mesma, por exemplo, daquela adotada pelo Constituinte português que, na Carta de 1976, em seu artigo 65, consagrou que todos têm direito a uma habitação adequada e, ainda, delineou os deveres do Estado para garantir a efetividade desse direito.<sup>51</sup> Por esse motivo, antes de analisar o uso do FGTS para fins de moradia, é preciso, antes, analisar o conteúdo do direito à moradia e qual o sentido da disposição constitucional relativa a ele.

No que concerne ao conteúdo desse direito, é de bom alvitre o registro de Ingo Sarlet, no sentido de que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, muito embora a propriedade também possa servir de moradia ao titular. O direito à moradia é, para o autor gaúcho, um direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, que, por sua vinculação à dignidade da pessoa humana, demanda parâmetros qualitativos mínimos para uma vida saudável, de modo que, em vista da omissão do Constituinte, reclama uma concretização legislativa e jurisprudencial.<sup>52</sup>

Em sentido bastante semelhante é o entendimento de Ricardo Pereira Lira, que, ao discorrer sobre a natureza desse direito, destaca que

*“O direito de habitação, o direito à moradia, o direito ao mínimo de abrigo, o "shelter" (como dizem os anglo-saxônicos), é um direito individual assegurado na Constituição da nossa República, por isso que é instrumento indispensável à formação elementar da consciência de cidadania, instrumento indescartável na realização dos fundamentos da República, pois só com essa salvaguarda mínima se pode preservar a dignidade da pessoa humana [...],*

*se pode erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais".*<sup>53</sup>

Na esteira dos ensinamentos de Canotilho, pode-se considerar que o direito à moradia tem dupla feição ou natureza: é direito negativo, já que ninguém pode ser privado de habitação ou moradia digna, o que exige uma abstenção por parte de terceiros e do Estado, inclusive para efeitos de uma proibição de retrocesso. Além disso, é também um direito a prestações positivas, já que todos têm direito de obter uma moradia adequada.<sup>54</sup> Nesse universo de prestações positivas, Ingo Sarlet assevera que sua efetivação depende tanto de medidas de ordem normativa quanto de prestações materiais, que, segundo ele, podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para aquisição de moradias e até mesmo o fornecimento de material para construção de uma moradia própria.<sup>55</sup>

No entanto, há uma outra característica muito importante desse direito, que é a de que seu objeto poderia ser obtido de particulares, caso o titular do direito tivesse meios financeiros suficientes para esta aquisição. Isto é, os cidadãos poderiam prover sua habitação através da compra ou da locação de um imóvel, de tal forma que a atuação do ente público só ocorreria se o indivíduo fosse desprovido de recursos suficientes para adquirir ou alugar um local para morar.<sup>56</sup>

Desse modo, é fundamental examinar, à luz da Constituição Federal, o que e quando se poderia efetivamente exigir do Estado, em termos de prestações positivas, para atendimento ao direito à moradia. Inicialmente, é salutar lembrar o posicionamento firmado em capítulo anterior deste trabalho, no sentido de que apenas quando se está diante do conjunto de direitos que encerram o mínimo existencial é que se autoriza a invocação da eficácia positiva ou simétrica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo essa linha de raciocínio, portanto, e considerando que, segundo o modelo proposto por Ana Paula de Barcellos, o direito à moradia não está contido dentro do universo do mínimo existencial preconizado pelo Constituinte, não se estaria, em tese, diante de uma situação hábil a legitimar que se pleiteie, diretamente em face do Estado, o direito a uma casa ou apartamento. Essa prestação positiva, por sinal, não haveria de ser custeada nem mesmo com os recursos do FGTS, em vista de tudo o quanto já se expôs acerca de que tal medida, acaso deferida pelo Judiciário, representaria uma decisão que transbordaria dos limites ordinários de prerrogativas daquele Poder.

Nada obstante tais fundamentos, o fato é que, de um minucioso exame da Carta Magna, é possível concluir que as medidas assecuratórias do direito à moradia idealizadas pelo Constituinte se inserem, na realidade, dentro de um plano eminentemente político de atuação, impulsionado através de um projeto de desenvolvimento urbano de abrangência nacional, que contemple como meta o fim da desigualdade social e a garantia de um nível mínimo de dignidade a todos os brasileiros.

Tal como visto quando se abordou a questão do direito à saúde, aqui também se nota que o objetivo de Constituinte foi garantir um mínimo em matéria de moradia, garantindo ao cidadão um teto, um padrão básico de habitação, que lhe permita o desenvolvimento, a intimidade e a proteção<sup>57</sup>. Esse padrão mínimo se traduz materialmente em programas de construção de casas populares ou mesmo abrigos à população que nada possui, e não na garantia a todo e qualquer brasileiro de um apartamento de três quartos em bairro e cidade de sua preferência, ainda que com recursos do FGTS.

Trata-se, pois, de dar moradia a quem precisa ou, se de todo isto não for possível, direcionar os recursos a quem mais precisa, o que é bem expressado por Ricardo Lobo Torres em brilhante passagem:

*“No que concerne aos indígenas e às pessoas sem teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação do Estado. Já as moradias populares ou a habitação para a classe média se tornam direitos sociais, dependentes das políticas públicas e das opções orçamentárias”.*<sup>58</sup>

Depreende-se inequivocamente que a garantia constitucional do direito à moradia, ao menos nos termos expressados pelo Texto Fundamental, não autoriza sua invocação na forma de prestações individuais puras, dado que se restringe à garantia do mínimo - o mínimo existencial em termos de moradia - a ser efetivada inexoravelmente através de ações políticas, implementadas segundo a reserva do possível. Esse posicionamento, por sinal, é defendido também por Ricardo Pereira Lira, que pontua

*“É curial que esse direito de habitação não pode ser entendido como exercitável contra o Estado, como obrigação específica a ser por ele adimplida, pois será através de uma política consistente de de-*

*desenvolvimento urbano, como parcela de realização do desenvolvimento econômico, social e cultural, que se chegará à meta optata, que constituem, na sua gama de princípios, os já citados fundamentos da república”.*<sup>59</sup>

Curiosamente, essa meta a que alude o referido autor - o desenvolvimento urbano - compreende um dos objetivos primordiais do FGTS, possuindo, em uma de suas vertentes, foco voltado para o desenvolvimento habitacional do país, repercutindo de forma marcante na vida dos brasileiros. Segundo dados da Caixa Econômica Federal, em 2003 foram concedidos empréstimos de R\$ 2,8 bilhões, que viabilizaram a contratação de 225.314 unidades habitacionais, beneficiando, segundo a Caixa, cerca de 1 milhão de pessoas e gerando, com estes empréstimos, cerca de 125 mil empregos<sup>60</sup>.

Tendo em vista que, como já mencionado anteriormente, o foco da aplicação de recursos tem sido a camada populacional com renda até 5 salários mínimos, os dados demonstram a profícua relação entre o uso dos recursos do FGTS em financiamento de programas habitacionais e a efetividade do direito à moradia. Cotejando tais informações com as prioridades estabelecidas pelo Constituinte para a garantia desse direito, é de se ver, com extrema facilidade, que os recursos fundiários atuam como verdadeiros instrumentos de acesso da população a um mínimo de dignidade humana em matéria de moradia, em perfeita correspondência com os preceitos idealizados pelo Constituinte.

Nesse contexto, a liberação do saldo de conta vinculada, pela via judicial, a um fundista específico para atender a hipóteses não previstas na Lei n.º 8.036/90 reduz o alcance dessa atuação do FGTS, prejudicando a garantia do mínimo em matéria de moradia a muitos cidadãos, ainda que a pretexto de garantir esse mesmo direito a alguns privilegiados que tiveram a chance de recorrer ao Judiciário.

Não se há de esquecer que, por trás de toda a sistemática do FGTS, com as várias hipóteses de uso do FGTS em relação à moradia, existe uma perspectiva de uso racional e criterioso dos recursos que vincula o próprio fundista. Essa perspectiva é expressada através da disciplina legal imposta por vários dispositivos que tratam do Fundo, que encerram, por exemplo, a necessidade de que a aquisição da casa própria tenha se dado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) ou que o imóvel seja financiável nas condições vigentes para este sistema<sup>61</sup>; a vedação ao uso de recursos para compra simultânea de compra de mais de um imóvel; e a condição de que o imóvel adquirido com a utilização

do FGTS não tenha sido objeto de outra operação com recursos do FGTS em prazo inferior a 3 anos.

Assim, a atuação pontual do magistrado, assegurando ao litigante o acesso ao saldo de sua conta vinculada ao arrepio dos limites impostos pela Lei n.º 8.036/90 depõe contra toda a lógica alocativa de recursos do sistema, além de, na prática, implicar no sacrifício de muitos para dar moradia a um só, subvertendo a opção majoritariamente firmada pela sociedade, quando da construção do regime do FGTS.

Considerando tudo o que se expôs, conclui-se que a limitação do direito de saque individual do FGTS para fins de moradia própria imposta pela Lei n.º 8.036/90 afigura-se como instrumento de preservação da efetividade do direito à moradia das camadas mais pobres da população, possibilitando assim uma atuação do Fundo de Garantia no sentido de assegurar um teto, um mínimo em matéria de moradia a milhares de brasileiros.

Desse modo, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da constatação de que o direito à moradia não é exercitável contra o Estado como obrigação específica a ser adimplida, não se justifica a liberação de recursos de conta vinculada de FGTS em hipóteses não previstas na referida lei.

## 9 Conclusão

Diante do que se expôs no presente trabalho, é possível afirmar que, por força do que dispõe a Lei n.º 8.036/90, a administração do FGTS tem como meta o atendimento a duas finalidades primordiais do Fundo: garantia da indenização do tempo de serviço do trabalhador e financiamento da política de desenvolvimento urbano, com foco em habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana.

Do exame dessas finalidades do FGTS, é possível concluir que sua atuação proporciona a efetivação da dignidade humana em duas dimensões: uma individual - representada pelo atendimento a necessidades exclusivas e particulares do fundista, passíveis de satisfação pelo uso dos recursos da conta vinculada individual; e uma coletiva - concretizada a partir do fornecimento de condições básicas de existência aos cidadãos beneficiados com investimentos de recursos fundiários em saneamento básico, habitação e infra-estrutura urbana, conseguindo, com isso, a condições para uma vida digna. Diante de tais premissas, verifica-se que a jurisprudência atualmente dominante do STJ privilegia a dimensão individual, deixando de analisar a questão à luz da coletividade.

Na análise desse conflito de dimensões, conclui-se inicialmente que a opção firmada pelo legislador, ao disciplinar as hipóteses de saque do FGTS, orientou-se pelo rigoroso atendimento às finalidades precípua estabelecidas para o Fundo de Garantia. Desse modo, optou a sociedade por limitar a dimensão individual para garantir a máxima efetividade possível à dimensão coletiva da dignidade, como forma de garantir condições mínimas de vida a todos os cidadãos, daí derivando a legitimidade da restrição do direito de saque pela própria lei que o instituiu.

Estudando as hipóteses de saque por motivo de saúde, a partir do cotejo com o mínimo existencial previsto pelo Constituinte para o direito à saúde e com as finalidades idealizadas para o Fundo de Garantia, conclui-se ser legítima a escolha feita pelo legislador, no sentido de restringir o uso individual dos recursos fundiários pelo fundista a casos específicos, afigurando-se tal medida como o meio que, em vista das limitações orçamentárias do FGTS, melhor atua para a efetividade da dignidade humana em matéria de saúde. Nesse contexto, não é dado, ao Poder Judiciário, reconhecer o direito ao saque do FGTS para tratamento de doenças que não estejam elencadas na Lei n.º 8.036/90.

Por fim, analisando a natureza e conteúdo do direito à moradia em nosso ordenamento, é de se concluir que tal não é exercitável contra o Estado como obrigação específica a ser adimplida. Diante disso, e da grande limitação que seria imposta à consecução das finalidades coletivas do FGTS - especialmente em relação ao direito à moradia - caso o uso de recursos das contas vinculadas fosse muito amplo, conclui-se que a limitação do direito de saque individual do FGTS para fins de moradia própria imposta pela Lei n.º 8.036/90 também afigura-se como medida legítima, constituindo instrumento de mais pungente preservação da efetividade do direito à moradia e, com isso, da dignidade humana, das camadas mais pobres da população, possibilitando assim uma atuação do Fundo de Garantia no sentido de assegurar um teto, um mínimo em matéria de moradia a milhares de brasileiros. Em consequência, também aqui não se autoriza, ainda que a pretexto de atendimento à dignidade humana, interpretar a Lei n.º 8.036/90 de modo a que se possa contemplar outras hipóteses de uso dos recursos fundiários que não aquelas previstas no referido diploma.

## Notas

- 1 Veja-se, a título de exemplo, os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais n.º 249.026/PR, 560.777/SC, 647.698/RS e 670.027/CE.
- 2 MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do FGTS**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 194.
- 3 SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à lei do fundo de garantia do tempo de serviço**. São Paulo: LTR, 1995, p. 484.
- 4 Destaque para o REsp 240.920/PR (Lupus Eritematoso sistêmico), REsp 124.710/CE (tratamento especializado de filha portadora de alienação mental) e REsp 240.586/PR (tratamento de filha portadora de paralisia cerebral).
- 5 Valendo citar como por exemplo o REsp 394.796/DF (quitação de financiamento fora do SFH) e o AGREsp 426.352/RS (construção de casa própria).
- 6 SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 57.
- 7 BARCELLOS, Ana Paula, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 148.
- 8 SARMENTO, Daniel, *Op. cit.*, p. 59.
- 9 *Ibid.*, p. 70.
- 10 *Ibid.*, p. 71.
- 11 BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 248.
- 12 *Ibid.*, p. 252.
- 13 TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 124.
- 14 *Ibid.*, p. 129.
- 15 GOUVEA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 256.
- 16 BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 258.
- 17 SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002, p. 647.
- 18 BARROSO, Luís Roberto. Direito adquirido, confisco, isonomia e boa fé: planos econômicos, FGTS e expurgos inflacionários. In BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 316.
- 19 MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: FGV, 1993, p. 297.
- 20 CARVALHO, Carlos Eduardo; PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **FGTS: avaliação das propostas de reforma e extinção**. Brasília: IPEA, 1998. Disponível em <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em 05 de jan. 2005.
- 21 *Ibid.*, p. 5.
- 22 BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. **FGTS: Relatório de Gestão - Exercício 2003**. Brasília, 2004. Disponível em <[www.trabalho.gov.br](http://www.trabalho.gov.br)>. Acesso em 05 de jan. 2005.
- 23 SAAD, Eduardo Gabriel, *Op. cit.*, p. 456.
- 24 *Ibid.*, p. 169.
- 25 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 249.
- 26 *Ibid.*, p. 250.
- 27 Caso típico é o retratado no presente estudo, já que, ao conceder a certos trabalhadores o direito ao saque do FGTS em condições ou hipótese fora daquelas previstas pela Lei n.º 8.036/90, o Judiciário poderia estar atuando como legislador positivo, ao verdadeiramente criar situa-

- ções não previstas no diploma de regência do instituto.
- 28 GOUVÊA, Marcos Maselli, *Op. Cit.*, p. 21.
- 29 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38.
- 30 *Ibid.*, p. 39.
- 31 GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 195.
- 32 NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privada frente ao problema da colisão de princípios. In TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 370.
- 33 *Ibid.*, p. 373.
- 34 A expressão foi originalmente empregada por Ana Paula Barcellos ao longo de sua obra já citada.
- 35 BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 232.
- 36 *Ibid.*, p. 233.
- 37 *Ibid.*, p. 233.
- 38 AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 208.
- 39 NEGREIROS, Teresa, *Op. cit.*, p. 376.
- 40 AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 214.
- 41 *Ibid.*, p. 214.
- 42 BARCELLOS, Ana Paula, *Op. cit.*, p. 274.
- 43 *Ibid.*, p. 274.
- 44 AMARAL, Gustavo, *Op. cit.*, p. 211.
- 45 LOPES, José Reinaldo Lima, Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo de (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1998, p. 131.
- 46 BARCELLOS, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 285.
- 47 Dados disponíveis no site [www.aguaonline.com.br](http://www.aguaonline.com.br).
- 48 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Saraiva, 1996, p. 259.
- 49 Fonte: IBGE. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 1989/2000.** Rio de Janeiro, 2002.
- 50 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 323.
- 51 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** Coimbra: Coimbra, 1984, p. 344.
- 52 SARLET, Ingo Wolfgang, *Op. cit.*, p. 324.
- 53 LIRA, Ricardo Pereira. Direito à habitação e direito de propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ.** Rio de Janeiro. n. 6 e 7. p. 79-90. 1998-1999.
- 54 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 345.
- 55 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 325.
- 56 ROSA, Waleska Marcy. **A moradia como direito fundamental.** 2000. 245 f. Tese (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000, p. 43.
- 57 *Ibid.*, p. 54.
- 58 TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, p. 289.
- 59 LIRA, Ricardo Pereira. *Op. cit.*, p. 83.
- 60 BRASIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FGTS: **Relatório de Gestão - Exercício 2003.** Brasília, 2004. Disponível em <[www.trabalho.gov.br](http://www.trabalho.gov.br)>. Acesso em 20 de dez. 2004.

61 Dentre as condições atualmente vigentes, merece destaque especial o valor máximo do imóvel financiado pelo SFH, que é de R\$ 350.000,00.

## Referências

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARRETO, Amaro. *Teoria e prática do FGTS*. São Paulo: Edições Trabalhistas, 1974.
- BARROSO, Luís Roberto. Direito adquirido, confisco, isonomia e boa fé: planos econômicos, FGTS e expurgos inflacionários. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 375-340.
- BRASIL. MINISTÉRIO DAS CIDADES. *FGTS: Relatório de Gestão - Exercício 2003*. Brasília, 2004. Disponível em <[www.trabalho.gov.br](http://www.trabalho.gov.br)>. Acesso em 05 de jan. 2005.
- BRASIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *FGTS: Relatório de Gestão - Exercício 2003*. Brasília, 2004. Disponível em <[www.trabalho.gov.br](http://www.trabalho.gov.br)>. Acesso em 20 de dez. 2004.
- BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 1989/2000*. Rio de Janeiro, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 139-215.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo de (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- LIRA, Ricardo Pereira. Direito à habitação e direito de propriedade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro. n. 6 e 7. p. 79-90. 1998-1999.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: FGV, 1993.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*. São Paulo: Atlas, 2000.
- NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privada frente ao problema da colisão de princípios. In TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco E.B. et al. *A Rentabilidade do FGTS*. Brasília: IPEA, 1999. Disponível

vel em <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em 05 de jan. 2005

ROSA, Waleska Marcy. **A moradia como direito fundamental**. 2000. 245 f. Tese (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à lei do fundo de garantia do tempo de serviço**. São Paulo: LTR, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 243-342.

ZAVASCKI, Teori Albino. Planos Econômicos, direito adquirido e FGTS. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 22, jan. 1998.



# Execução de Sentenças de Expurgos Inflacionários do FGTS - Uma Nova Visão Procedimental

**Luiz Fernando Padilha**

*Advogado da Caixa no Rio de Janeiro  
Especializado em Direito Processual Civil pela  
Universidade Cândido Mendes/RJ*

*RESUMO:* O presente estudo tem por objetivo demonstrar a ausência de critério por parte dos Tribunais e dos Juízos de primeiro grau quanto à adoção do adequado procedimento de execução das Sentenças envolvendo os chamados *expurgos inflacionários do FGTS*, bem como apresenta nova proposta para adoção de medidas em âmbito judicial e administrativo que visam dar celeridade à execução desses julgados, bem como diminuir o risco de cominação de multas diárias e a execução de valores arbitrários sobre o montante do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS

*Palavras-chave:* FGTS - expurgos - execução - procedimento

## **1 Introdução: do Consenso Quanto ao Direito Material a ser Aplicado nas Ações de Correção do FGTS e da Polêmica em Torno da sua Respectiva Execução**

Desde o advento das decisões proferidas em sede do Recurso Extraordinário nº 226.855-7 pelo Supremo Tribunal Federal, e pelas decisões que ensejaram a edição da Súmula nº 252 pelo Superior Tribunal de Justiça, em meados de 2001, tornou-se cada vez mais pacificado o entendimento pelos Tribunais Superiores acerca dos chamados *expurgos inflacionários do FGTS*, sendo determinada à aplicabilidade sobre os saldos de contas do FGTS das diferenças entre os índices de correção monetária estabelecidos judicialmente e os índices já aplicados pelo Governo

Federal durante os períodos de janeiro de 1989 (Plano Verão - 42,72% do IPC) e abril de 1990 (Plano Collor I - 44,80% do IPC).

Esse entendimento tem se confirmado cada vez mais desde aquele momento, tendo aqueles Tribunais Superiores manifestado em novos julgados a aplicabilidade exclusiva dos índices referentes aos Planos Verão e Collor I, em exclusão a quaisquer outros índices pleiteados pelos titulares de contas do FGTS, conforme o que se pode observar de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede do Recurso Especial nº 581.855 (DF), onde o pleito relativo à aplicação de supostos novos percentuais (10,14%, em fevereiro de 1989; 12,92%, em julho de 1990; e 11,79%, em março de 1991) foi definitivamente afastados por aquele Tribunal.

Concomitante a esta relevante decisão, a prolação de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário nº 418.918(RJ), que confirmou a validade aos acordos criados pela Lei Complementar nº 110/01 (os chamados *Termos de Adesão*), afastando a possibilidade de questionamento em Juízo da validade dos acordos celebrados pelos titulares de contas do FGTS para recebimento administrativo das diferenças dos índices de correção monetária dos períodos de janeiro de 1989 e abril de 1990, também sendo convalidado no âmbito extrajudicial aplicabilidade dos índices pacificados pelos Tribunais Superiores.

Dessa forma, é possível afirmar que tanto os Tribunais Superiores quanto os Juízos de primeiro e segundo graus de Jurisdição têm se inclinado em tutelar o direito pleiteado pelo titular de conta do FGTS apenas quanto aos períodos referentes a janeiro de 1989 e abril de 1990, tornando-se cada vez mais uniforme o direito envolvido nas demandas relativas a *expurgos inflacionários do FGTS*, no que se refere à aplicação do direito material.

Contudo, a uniformidade existente sobre a discussão da matéria nas ações envolvendo *expurgos de FGTS* se restringiu apenas a sua fase e cognitiva.

Para que o titular de conta do FGTS possa obter perante o Juízo o direito à aplicação sobre seu saldo de FGTS os percentuais relativos a janeiro de 1989 e abril de 1990, o único fato a ser provado pelo autor em Juízo é a existência de vínculo empregatício de onde se possa deduzir a existência de saldo fundiário à época dos Planos Verão e Collor I.

Já no tocante à matéria de direito, pouca ou nenhuma discussão existe, face ao entendimento dos Tribunais Superiores, sendo a única possibilidade de discussão no âmbito do direito material referente a

eventual comprovação da celebração pelo autor do acordo da Lei Complementar nº 110/01, além das questões inerentes a qualquer pleito judicial, tais como comprovação de litispendência ou de coisa julgada em relação ao pedido formulado.

Todavia, proferida sentença de mérito conferindo ao titular de conta do FGTS o direito à recomposição de seu saldo fundiário e, transitada em julgado essa decisão, com o início das fases de liquidação e execução, toda certeza que conduziu o Juízo durante o processo de conhecimento se dissipa, com o surgimento de inúmeras questões não apenas quanto a tornar líquido o direito conferido por sentença, como também a forma de procedimento a ser adotada para que a pretensão do exequente titular de conta do FGTS seja satisfeita o mais breve possível, questões que muitas vezes são solucionadas de forma drástica pelo Juízo da execução, sem a observância a vários princípios elementares do procedimento de execução, com o abuso das medidas mandamentais, em especial aquelas implementadas pelo advento da Lei nº 10.444/01.

A falta de uniformização dos Juízos de execução quanto ao procedimento a ser adotado para efetividade dos julgados proferidos nas sentenças de *expurgos inflacionários do FGTS* e o uso excessivo dos poderes inerentes ao Juízo, em razão do descontentamento decorrente do afunilamento de processos que fluíram a toque de caixa durante a sua fase cognitiva e que perderam essa celeridade quando iniciados os procedimentos de liquidação e execução, não apenas em razão da insuficiente infra-estrutura dos órgãos do próprio Poder Judiciário, como também da Caixa Econômica Federal, agente operadora das contas de FGTS, no atendimento ao descomunal volume de demandas ajuizadas por considerável parcela da população brasileira.

As conseqüências do descontentamento pelos Juízos da execução e da ausência de uniformidade quanto ao procedimento executivo a ser adotado causam conseqüências nefastas ao próprio FGTS, fundo social mantido por milhões de trabalhadores brasileiros, que está sujeito ao risco permanente de sérios prejuízos ao seu montante, seja em razão da cominação de multa diária pela demora ou pelo não cumprimento do julgado, seja pela execução forçada de valores arbitrariamente homologados pelo Juízo, muitas vezes em desacordo ao que efetivamente é devido ao titular de conta fundiária.

Diante de tais circunstâncias, faz-se necessário que os advogados da Caixa Econômica Federal, ao atuar nas demandas envolvendo *expurgos do FGTS*, tenham como objetivo não apenas promover o célere cumpri-

mento de cada um dos julgados decididos em cada demanda, como também buscar a obtenção de decisões que uniformizem o entendimento dos Juízos executivos e dos Tribunais quanto ao procedimento de execução a ser adotado.

## **2 Da Natureza Jurídica da Obrigação Determinada pela Sentença de *Expurgos do FGTS***

Pouco consenso existe entre os Juízos da execução quanto ao procedimento executivo adotado em sede do cumprimento das decisões judiciais proferidas nas ações de *expurgos do FGTS*, sendo adotado por alguns Juízos o procedimento de *execução por quantia certa contra devedor solvente*, e, por outros Juízos, o procedimento de *execução de obrigação de fazer*, conforme o entendimento de cada Juiz acerca da natureza jurídica da obrigação contida na sentença de *expurgos do FGTS*.

Dessa forma, considerando que o procedimento executivo escolhido pelo Juízo reflete o seu entendimento acerca da natureza jurídica da obrigação contida nas sentenças de *expurgos inflacionários do FGTS*, que pode remontar uma obrigação de dar, com o pagamento dos valores devidos a título da aplicação das diferenças de correção monetária aos saldos, ou uma obrigação de fazer, com o ato de recomposição contábil das contas de FGTS do titular favorecido pela decisão judicial, torna-se crucial ao advogado da Caixa Econômica Federal trazer à discussão a natureza jurídica da obrigação contida nas sentenças de *expurgos do FGTS*.

### **2.1 Do Entendimento de que o Comando Contido na Sentença de *Expurgos do FGTS* Remonta uma Obrigação de Fazer**

O comando judicial contido nas sentenças de *expurgos do FGTS* determina a recomposição dos saldos fundiários com o lançamento contábil do crédito das diferenças entre os índices de correção monetária aplicados pelo Governo Federal nos períodos de janeiro de 1989 e abril de 1990 e os índices 42,72% e 44,80%, conforme as decisões dos Tribunais Superiores, procedendo-se um ato de recomposição contábil do saldo fundiário do titular favorecido pela decisão judicial, e a realização do lançamento do crédito diretamente na conta vinculada do autor.

Em um primeiro momento, é possível entender que a obrigação contida nas sentenças de correção monetária do FGTS remonta a realização de um ato de recomposição contábil por parte da Caixa Econômica

Federal, agente operador do fundo, e que a natureza de tal ato remontaria claramente uma obrigação de fazer.

Tal entendimento é corroborado pela legislação vigente, em especial por força da Medida Provisória nº 2.197/01, que acrescentou ao texto original da Lei nº 8.036/90, dentre vários dispositivos, o artigo 29-A, determinando que o lançamento contábil referente à recomposição estabelecida pelas sentenças de correção monetária do FGTS deve ser realizado em conta vinculada do empregado:

*"Art. 29-A. Quaisquer créditos relativos à correção dos saldos das contas vinculadas do FGTS serão liquidados mediante lançamento pelo agente operador na respectiva conta do trabalhador."*

Ao disposto pelo artigo 29-A da Lei nº 8.036/90, acrescente-se ainda o disposto pelo artigo 8º da Lei Complementar nº 110/01, que permite a movimentação da conta vinculada do empregado, cujo lançamento contábil do crédito se refere à recomposição estabelecida pelas sentenças de *expurgos do FGTS*, independente da hipótese de ocorrências de movimentação dos valores depositados antes da vigência da Lei Complementar, conforme o que se observa do texto abaixo transcrito:

*"Art. 8º. A movimentação da conta vinculada, no que se refere ao crédito do complemento de atualização monetária, observará as condições previstas no art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, inclusive nos casos em que o direito do titular à movimentação da conta tenha sido implementado em data anterior à da publicação desta Lei Complementar."* [grifos nossos]

Assim, por força do disposto pelo artigo 29-A da Lei nº 8.036/90, acrescido pela Medida Provisória nº 2.197/01, bem como pelo artigo 8º da Lei Complementar nº 110/01, que a recomposição de saldos do FGTS determinada pelas sentenças de correção monetária do FGTS remonta um ato de recomposição contábil e, por conseguinte, uma obrigação de fazer, com a realização de cálculos e lançamento contábil dos créditos dos valores recompostos na conta vinculada do titular favorecido, sendo que tal entendimento prevalece em vários julgados proferidos pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região:

"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - RECOMPOSIÇÃO DE SALDO DE CONTA VINCULADA AO FGTS - IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA - EXCLUSÃO EM DECISÃO POSTERIOR.

- Recentemente, esta Colenda Turma enfrentou hipótese semelhante, ao apreciar o agravo de instrumento n.º 121.615, desta Relatoria, julgado em 3.11.2004. No referido caso, o juízo de primeiro grau havia fixado, inicialmente, um prazo de 60 (sessenta) dias para o cumprimento do acórdão, estipulando multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), em caso de inadimplência. A CEF acabou levando 30 (trinta) dias, além do prazo assinado, para efetuar o depósito devido, sendo que a multa restou revogada, em decisão posterior, a exemplo do que se deu neste processo.

- Nestes autos, foi estabelecido um prazo de apenas 10 (dez) dias, iniciando-se em 28.5.2003 e se encerrando em 6.6.2003. Ora, a petição de fls. 160/163 da CEF demonstra que o valor exequendo foi creditado na conta do autor em 12.6.2003, o que o próprio exequente reconhece em sua petição de fl. 165. Assim sendo, in casu, o atraso ocorrido foi, tão-somente, de 6 (dias).

- Por outro lado, tendo em vista o grande número de ações, também em fase de execução, envolvendo a recomposição de saldos de contas vinculadas ao FGTS, o magistrado deve agir com certa prudência quando da fixação não só do valor da multa diária - se a entender necessária -, como também do próprio prazo a ser concedido para que a CEF dê cumprimento ao julgado.

- Neste sentido, in casu, o prazo inicialmente atribuído à CEF revela-se exíguo, de maneira que, à luz das peculiaridades acima referidas, agiu com correção o douto juízo a quo ao revogar a multa diária inicialmente imposta.

- *Apelação desprovida.* " [grifos nossos]

(AG-AGRAVO DE INSTRUMENTO-121615 Processo: 2003.02.01.018173-5 UF: RJ Órgão Julgador: SEGUN-

DA TURMA Data da Decisão: 03/11/2004 DJU: 22/12/2004)

*"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FGTS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.*

*1. O título exeqüendo que determina a reconstituição monetária da conta vinculada ao FGTS consagra uma OBRIGAÇÃO DE FAZER.*

*2. Embora a execução tenha seguido o rito da execução de obrigação de dar, os valores penhorados e referentes à OBRIGAÇÃO DE FAZER podem perfeitamente ser transferidos para a conta vinculada do exeqüente, não se justificando a decretação de nulidade da execução, posto que incorreu prejuízo para as partes.*

*3. No que diz respeito ao alegado excesso na execução, descabida é a irresignação da embargante. De acordo com as informações prestadas pelo Contador Judicial às fls.21, foi aplicado o expurgo inflacionário de janeiro de 1989, deduzido do índice concedido administrativamente.*

*4. O art. 29-C da Lei nº 8.036/90, incluído no texto da norma legal pela edição da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24/08/01, vedou a condenação em honorários advocatícios nas ações de FGTS, sendo aplicável a todas as execuções iniciadas após esta data.*

*5. Diante do erro material contido nos cálculos de fls. 138/142 dos autos do processo principal, devem ser considerados aptos à execução os cálculos de fls. 22/26, que se ativeram ao comando inserido no título judicial que ora se executa.*

*6. Recurso da Caixa Econômica Federal parcialmente provido e recurso adesivo do exeqüente provido." [grifos nossos] (TRF SEGUNDA REGIÃO. AC - APELAÇÃO CIVEL Nº 342481/RJ ORGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA. DATA DA DECISÃO: 05/10/2004. DJU: 13/12/2004)*

O mesmo entendimento de que a natureza jurídica da obrigação contida nas sentenças de *expurgos do FGTS* remonta uma obrigação de

fazer também pode ser observado nos julgados proferidos pelos Tribunais Regionais Federais da Primeira e da Quinta Regiões:

*"PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO DO SALDO DE CONTA VINCULADA AO FGTS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE PROCESSO AUTÔNOMO DE EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL E DE CONSEQUENTE EMBARGOS À EXECUÇÃO JURIDICAMENTE INEXISTENTE. POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA MANDAMENTAL, EX OFFICIO, POR ORDEM JUDICIAL ESPECÍFICA. EXTINÇÃO DOS EMBARGOS SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.*

*I - O cumprimento do julgado que determina a correção monetária do saldo de contas vinculadas ao FGTS encerra uma obrigação de fazer, sob o comando de uma tutela mandamental e específica, na regência dos artigos 644, caput, e 461, §§ 4º e 5º, do CPC, com a redação determinada pela Lei nº 10.444, de 07/05/2002, a dispensar, inclusive, a iniciativa do credor, na hipótese em tela.*

*II - Não há possibilidade jurídica de processo autônomo de execução por título judicial, na espécie, e de consequente embargos à execução, que deverão ser extintos sem julgamento do mérito, em casos que tais.*

*III - Declara-se, de ofício, extinto, sem julgamento do mérito, o processo de embargos à execução, e prejudicada a apelação da CEF." [grifos nossos] (TRF PRIMEIRA REGIÃO. AC - APELAÇÃO CIVEL - 200338000497621/MG Órgão Julgador: SEXTA TURMA. RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE. Data da Decisão: 29/11/2004. DJU: 22/02/2005)*

*"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DO JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO RECÍPROCA E PROPORCIONAL APLICABILIDADE DO ART.21, CAPUT, DO CPC.*

*I - Em se tratando de sucumbência recíproca e uma vez não caracterizada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 21, do CPC, determina-se a*

*compensação, de forma recíproca e proporcional, da verba honorária, conforme previsto no caput daquele mesmo dispositivo legal, como assim reconhecido pelo acórdão executando, devendo esta proporcionalidade ser apurada por ocasião do cumprimento do julgado, observando-se os parâmetros do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.*

*II - Inexistindo, na espécie, o processo autônomo de execução por se tratar de uma obrigação de fazer a correção nos saldos da conta vinculada do FGTS, idêntico fundamento há de ser dispensado à obrigação acessória, no caso, o pagamento dos ônus da sucumbência, que seguirá, necessariamente, o comando principal do julgado, que se traduz numa tutela mandamental específica (CPC, art. 761, § 5º).*

*II - Agravo provido." [grifos nossos]*

(TRF PRIMEIRA REGIÃO. AC - APELAÇÃO CÍVEL - 20030100034554-7/DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE. Data da Decisão: 29/11/2004. DJU: 15/02/2005)

*"PROCESSUAL CÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CEF. FGTS. IMPOSIÇÃO DE MULTA (ASTREINTES) EM CASO DE NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSSIBILIDADE.*

*- Hipótese onde se busca o afastamento de multa diária (astreintes) contra a CEF, em ação onde se discute a aplicação de correção monetária em FGTS, fruto do não cumprimento de obrigação de fazer; - incabível tal imposição face limitação ao poder de propriedade do estado e à sua própria economia, refletindo em sua capacidade de prestação do serviço público; Agravo provido." [grifos nossos]*

(TRF QUINTA REGIÃO. AC - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº43315/CE Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. DESEMBARGADOR FEDERAL PETRÚCIO FERREIRA. Data da Decisão: 16/03/2004. DJU: 22/04/2004)

*"ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. FGTS. OBRIGAÇÃO DE FAZER MULTA DIÁRIA EXORBITANTE.*

1. *Compete à caixa econômica federal realizar o pagamento dos expurgos inflacionários na contas vinculadas de fgts dos servidores públicos, sob pena de multa, após o prazo de trinta dias.*
2. *Razoável o prazo estabelecido para cumprimento da obrigação de fazer; contudo, mostra-se excessivo o valor da multa, recalculada em R\$ 100,00 ao dia. Não acolhido o argumento de impossibilidade da apresentação dos extratos e, conseqüente atualização das contas vinculadas, procede, pois, a aplicação da multa.*
3. *A não determinação do valor certo da decisão exequenda não fere a coisa julgada, sequer prejudica a liquidez do título executivo. Os cálculos do valor dos expurgos inflacionários devem ser realizados a título de desvalorização da moeda, devendo incidir índice de atualização adequado ao período.*
4. *Agravo regimental prejudicado. Provido, em parte, o agravo de instrumento.* " [grifos nossos] (TRF QUINTA REGIÃO. AC - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº45684/CE Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO. Data da Decisão: 06/11/2003. DJU: 01/12/2003)

Da jurisprudência aqui apresentada, é possível entender como majoritário o entendimento dos nossos Tribunais acerca da natureza jurídica da obrigação contida nas sentenças de correção monetária do FGTS que sempre deverá remontar uma obrigação de fazer a ser cumprida mediante a recomposição contábil dos saldos de FGTS, possuindo tais sentenças um caráter mandamental que permite ao Juízo da execução a adoção de medidas que assegurem a efetividade do julgado, em especial, aquelas previstas pela Lei nº 10.444/01.

## **2.2 Da Natureza Condicional da Ordem Contida na Sentença de Expurgos do FGTS, Conforme a Atividade da Conta de FGTS nos Termos do Artigo 20 da Lei nº 8.036/90**

As decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais da Primeira, Segunda e Quinta Regiões, apresentadas no item anterior, não fazem qualquer distinção quanto à situação jurídica da conta de FGTS do

demandante, sendo estabelecido que toda sentença de "expurgos do FGTS" contém em seu teor uma obrigação de fazer oponível à Caixa Econômica Federal, que sempre estará realizando um ato de recomposição contábil do saldo de conta fundiária, independente da atividade ou inatividade dessa conta.

Todavia, a distinção é relevante e necessária. Das hipóteses de liberação dos valores depositados pelo empregador nas contas vinculadas de FGTS de titularidade do empregado, previstas pelos incisos do artigo 20 da Lei nº 8.036/90, é possível observar que o motivo do levantamento desses depósitos enseja, em algumas hipóteses, a extinção da conta vinculada, enquanto que outras hipóteses permitem a atividade e conseqüente continuidade da conta vinculada. Tais situações podem ser facilmente observadas da simples leitura do artigo 20 da Lei nº 8.036/90:

*"Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior, comprovada com o depósito dos valores de que trata o artigo 18. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997) (Vide Medida Provisória nº 2.197-43, de 2001)*

*II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado; (Vide Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)*

*III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;*

*IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;*

*V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:*

*a) o mutuário conte com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;*

*b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 (doze) meses;*

*c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;*

*VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;*

*VII - pagamento total ou parcial do preço da aquisição de moradia própria, observadas as seguintes condições:*

*a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;*

*b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;*

*VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta. (Redação dada pela Lei nº 8.678, de 1993)*

*IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974;*

*X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.*

*XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna. (Incluído pela Lei nº 8.922, de 1994)*

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção. (Incluído pela Lei nº 9.491, de 1997) (Vide Decreto nº 2.430, 1997)

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal; (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública; e (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)

c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento. (Incluído pela Lei nº 10.878, de 2004)"

As hipóteses previstas pelo artigo 20 da Lei nº 8.036/90 não apenas delimitam a possibilidade de saque dos depósitos fundiários movimentação pelo trabalhador, como também refletem a conseqüente inatividade da conta vinculada, tais como a despedida sem justa causa (inciso I) ou a aposentadoria do trabalhador (inciso III), ou a manutenção da

atividade da conta, tais como as hipóteses de utilização do saldo para fins de aquisição de imóvel (incisos V, VI e VII), ou para fins de aplicação de quotas de Fundo Mútuos de Privatização (inciso XII).

No entanto, em que pese entendimento manifestado por aqueles Tribunais, que optaram indistintamente pela idéia da obrigação de fazer sem observar o reflexo de tal obrigação sobre contas fundiárias que podem se encontrar inativas, a Quarta Região do Tribunal Regional Federal, em acórdão proferido pela sua Quarta Turma, condicionou a procedimento de execução do julgado na forma de obrigação de fazer apenas nas hipóteses em que a conta vinculada se encontra ainda em atividade:

*"FGTS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE SAQUE. OBRIGAÇÃO DE FAZER.*

*- No tocante à execução, na forma do art. 632 e seguintes do CPC, tem-se adotado o entendimento no sentido de que, em havendo a impossibilidade do saque, trata-se de obrigação de fazer.*

*A turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator." [grifos nossos]*

*(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº200304010557739/SC Órgão Julgador: QUARTA TURMA. RELATOR: JUIZ EDGARD A LIPPMANN JUNIOR Data da decisão: 09/06/2004. DJU 07/07/2004)*

Conforme o que se observa da decisão acima transcrita, o mesmo, ao contrário das decisões dos Tribunais Regionais Federais da Primeira, Segunda e Quinta Regiões, não impôs de forma indistinta o procedimento de execução de obrigação de fazer a toda e qualquer decisão envolvendo *expurgos do FGTS*, sendo ali constatado que a não ocorrência de saque anterior dos valores depositados em conta do FGTS pelo demandante condiciona a natureza jurídica da obrigação existente na sentença a realização de uma obrigação de fazer, sendo possível deduzir, a *contrario sensu*, que a ocorrência de saque pelo autor antes da prolação da sentença transforma a obrigação contida no comando judicial em uma obrigação de pagar valor pecuniário.

O mesmo entendimento também pode ser observado em dois julgados proferidos pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que também condicionaram a execução do julgado na

forma de obrigação de fazer às hipóteses em que a conta vinculada do autor ainda se encontra ativa:

*"ADMINISTRATIVO. FGTS. LEVANTAMENTO. CONTA INATIVA. PROVA DA DATA DO AFASTAMENTO.*

*1. A movimentação "saque moradia própria" na conta do FGTS não tem o efeito de extinguir a conta, ou seja, a conta permanece ativa.*

*2. Para contas ativas, as diferenças devidas pelos Planos Verão e Collor I devem ser creditadas, e a execução processa-se pelo rito previsto no art. 632 do CPC (execução obrigação de fazer).*

*3. Agravo de instrumento desprovido." [grifos nossos]*

(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 200304010597592/PR Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. RELATOR CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ Data da decisão: 27/04/2004 DJU:12/05/2004)

*"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. QUANTIA CERTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.*

*1. Cuidando-se de obrigação de fazer, porque o titular da conta não tem direito ao saque do saldo, uma vez que não preenche qualquer dos requisitos da Lei 8.036/90, a CEF procederá à escrituração do valor apurado na liquidação da sentença.*

*2. Não aceitando os valores apresentados, poderá embargar a execução em dez dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, IV), independentemente de segurança do juízo, que não existe nas obrigações de fazer (art. 737). Somente a sentença dos embargos é que dirá o valor correto que deverá ser creditado.*

*3. Conforme já decidiu o STJ, 'o art. 29-C acrescentado à Lei 8.036/90 pela MP 2.164-40, conclui-se por sua vinculação aos dispositivos anteriores da mesma lei, relativos ao descumprimento das obrigações do empregador concernentes ao FGTS, a*

ser dirimido no âmbito da Justiça do Trabalho (REsp 453.901)'.  
4. Agravo de instrumento desprovido." [grifos nossos]

(TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº200304010436377/SC Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. RELATOR CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ Data da decisão: 09/12/2003 DJU:07/01/2004)

Em divergência ao entendimento manifestado pelos Tribunais Regionais Federais da Primeira, Segunda e Quinta Regiões, constata-se que tanto a Terceira quanto a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região entendem, de forma inovadora, que a natureza jurídica da obrigação contida nas decisões de correção monetária do FGTS está condicionada a ocorrência de saque dos depósitos em conta vinculada pelo autor ou da inatividade da conta, podendo tal obrigação ser caracterizada como uma obrigação de fazer ou uma obrigação de pagar.

Assim, caso o devedor tenha, antes do trânsito em julgado da sentença de *expurgos do FGTS*, efetuado saque dos valores depositados em razão de hipótese do artigo 20 da Lei nº 8.036/90 que tenha tornado inativa a conta vinculada, a obrigação contida no comando judicial somente poderá ser cumprida na forma de pagamento de soma em dinheiro, remontando assim o cumprimento uma obrigação de dar (pagar), devendo ser instaurado procedimento de liquidação de Sentença para apuração do *quantum debeatur* a ser executado na forma do artigo 604 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como a realização do procedimento de *execução por quantia certa contra devedor solvente*, com a citação da Caixa Econômica Federal na forma do artigo 652 do Código de Processo Civil e a conseqüente penhora do *quantum debeatur* em conta vinculada à disposição do Juízo, nos termos do artigo 29-D da Lei nº 8.036/90.

Não obstante a predominância do entendimento manifestado pelos Tribunais Regionais Federais da Primeira, Segunda e Quinta Regiões de que a natureza jurídica da obrigação contida nas sentenças de correção do FGTS remontam indistintamente, uma obrigação de fazer, o entendimento da Quarta Região do Tribunal Regional Federal foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede do Recurso Especial nº 584.042 (DF), cuja transcrição da ementa se faz necessária:

**"FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - OBRIGAÇÃO DE DAR (PAGAR) X OBRIGAÇÃO DE FAZER - TABELA JAM - JUROS DE MORA.**

1. Após a apuração do valor correspondente à recomposição dos saldos das contas vinculadas mediante a aplicação dos expurgos inflacionários, conforme determinado na sentença exequênda, deve-se proceder à atualização do débito na forma da Lei 6.899/81, como qualquer outro débito judicial, inclusive mediante a aplicação dos expurgos inflacionários posteriores.

2. Tratando-se de obrigação de dar (pagar), em que o titular da conta tem direito ao saque do saldo porque preenche qualquer dos requisitos da Lei 8.036/90, proceder-se-á ao levantamento.

3. Cuidando-se de obrigação de fazer, porque o titular da conta não tem direito ao saque do saldo, uma vez que não preenche qualquer dos requisitos da Lei 8.036/90, a CEF procederá à escrituração do valor apurado na liquidação da sentença e, a partir daí, o depósito será corrigido pela tabela JAM.

4. Inexistência de *bis in idem* ou violação à coisa julgada, pela aplicação de índices não contemplados na decisão exequênda porque a atualização não levará em conta os saldos das contas vinculadas dos períodos posteriores, mas apenas corrigirá monetariamente o débito até o efetivo recebimento apenas para recompor o poder aquisitivo da moeda.

5. A jurisprudência do STJ firmou-se pela inclusão dos expurgos inflacionários na repetição de indébito, utilizando-se: a) o IPC, no período de março/90 a janeiro/91; b) o INPC de fevereiro/91 a dezembro/1991; c) a UFIR, de janeiro/1992 a 31/12/95; e d) a partir de 01/01/96, a taxa SELIC. O índice de janeiro/89 é de 42,72% (REsp 43.055/SP, DJ de 18/12/95). Confira-se o REsp 206.503/SP, DJ de 02/08/99, e o REsp 192.015/SP, DJ de 16/08/99.

6. Juros moratórios devidos no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação (Súmula 163/STF), por se

*tratar de obrigação ilíquida (REsp 245.896/RS), sendo desinfluyente o levantamento ou a disponibilização dos saldos antes do cumprimento da decisão (REsp's 245.896/RS e 146.039/PE) e aplicados independentemente dos juros remuneratórios de que trata o art. 13 da Lei 8.036/90.*

*7. Recurso especial provido em parte "[grifos nos-  
sos].*

(RECURSO ESPECIAL Nº 584.042 - DF. PROCESSO Nº 2003/0154035-1 SEGUNDA TURMA. RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON. DATA DO JULGAMENTO: 03/02/2004. DATA DA PUBLICAÇÃO: 12/02/2004.)

O entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça também foi manifestado de forma mais explícita no voto proferido pela Ministra ELIANA CALMON em sede do Recurso Especial nº 653.577 (PR), sendo claro o entendimento de que a ocorrência do saque dos valores depositados em conta vinculada do FGTS determina a natureza jurídica da obrigação contida na decisão de mérito:

*"Sobre os juros de mora, afirmou o acórdão recorrido que o STJ, no julgamento do recurso especial do processo de conhecimento, determinou a incidência de juros de mora a partir da citação, sendo incabível, em face da coisa julgada, a rediscussão do termo inicial dos juros de mora. Entendo que os recorrentes não atacaram tal fundamento, limitando-se a reclamar juros de mora de acordo com a legislação e súmulas que mencionam, independentemente de ter sido efetuado o saque.*

*No que se refere à correção monetária, é importante esclarecer, em primeiro lugar que, em se tratando de demandas em que se busca a correção dos saldos das contas vinculadas do FGTS, duas situações podem surgir: a primeira, quando a obrigação é de fazer (creditar), em que o titular não terá direito à disponibilização dos valores e a outra, quando o fundista preenche um dos requisitos para o levantamento do saldo (art. 20 da Lei 8.036/90), em que a obrigação será de dar (pagar).*

*Quando é formulado o pedido, já se pode vislumbrar a natureza da obrigação. Entretanto, no curso da lide pode haver alteração na situação fática e a obrigação transmudar de fazer para dar, o que somente restará inequívoco quando da execução do julgado.*

*Há que se distinguir, entretanto, as duas hipóteses acima mencionadas:*

*1º) obrigação de dar (pagar) - o procedimento é exatamente o acima descrito, pois o titular da conta terá direito a levantar tais valores, se se enquadrar em qualquer das hipóteses previstas na Lei nº 8.036/90;*

*2º) obrigação de fazer - considerando que o titular não preenche qualquer dos requisitos para levantamento do saldo da conta vinculada, a CEF, após a liquidação da sentença, onde se adotará o procedimento acima descrito, apurado o valor devido para fins de recomposição do prejuízo, procederá à escrituração do referido valor e, a partir daí, o depósito sofrerá a correção monetária pela tabela JAM.*

*Com estas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para que a correção monetária seja aplicada como definido neste julgamento.*

**EMENTA: FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - OBRIGAÇÃO DE DAR (PAGAR) X OBRIGAÇÃO DE FAZER - TABELA JAM - JUROS DE MORA.**

*1. Após a apuração do valor correspondente à recomposição dos saldos das contas vinculadas mediante à aplicação dos expurgos inflacionários, conforme determinado na sentença exequenda, deve-se proceder à atualização do débito na forma da Lei nº 6.899/81, como qualquer outro débito judicial, inclusive mediante a aplicação dos expurgos inflacionários posteriores.*

*2. Tratando-se de obrigação de dar (pagar), em que o titular da conta tem direito ao saque do saldo*

porque preenche qualquer dos requisitos da Lei nº 8.036/90, proceder-se-á ao levantamento.

3. Cuidando-se de obrigação de fazer, porque o titular da conta não tem direito ao saque do saldo, uma vez que não preenche qualquer dos requisitos da Lei nº 8.036/90, a CEF procederá à escrituração do valor apurado na liquidação da sentença e, a partir daí, o depósito será corrigido pela tabela JAM.

4. Inexistência de *bis in idem* ou violação à coisa julgada, pela aplicação de índices não contemplados na decisão exequenda porque a atualização não levará em conta os saldos das contas vinculadas dos períodos posteriores, mas apenas corrigirá monetariamente o débito até o efetivo recebimento apenas para recompor o poder aquisitivo da moeda.

5. A jurisprudência do STJ firmou-se pela inclusão dos expurgos inflacionários na atualização dos débitos judiciais, utilizando-se: a) o IPC, no período de março/90 a janeiro/91; b) o INPC a partir de fevereiro/91 a dezembro/1991. O índice de janeiro/89 é de 42,72% (REsp 43.055/SP, DJ de 18/12/95). Confira-se o REsp 206.503/SP, DJ de 02/08/99, e o REsp 192.015/SP, DJ de 16/08/99.

Ressalta-se que não tem incidência a UFIR e a taxa SELIC por não se tratar de atualização de débito judicial tributário.

6. Recurso especial provido em parte" [grifos nossos]

(RECURSO ESPECIAL Nº 653.577(PR). PROCESSO Nº 2004/0051576-4 SEGUNDA TURMA. RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON. DATA DO JULGAMENTO: 07/10/2004. DATA DA PUBLICAÇÃO: 13/12/2004.)

A tese acerca da natureza jurídica condicional da obrigação existente nas Sentenças de *expurgos do FGTS*, acolhida neste julgado, impôs a necessidade de demonstrar, ao tempo da execução, a situação jurídica da conta vinculada de titularidade do demandante, devendo ser indicado se a mesma se encontra ativa ou não.

O entendimento extraído das decisões do Superior Tribunal de Justiça proferidas em 2004 não é inédito, mas apenas explicitou o que já havia sido decidido anteriormente. Em 2002, ou seja, dois anos antes das decisões dos Recursos Especiais nºs 584.042(DF) e 653.577(PR) pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Primeira Turma daquela Corte também havia se manifestado acerca da questão no Recurso Especial nº 408.992(RS), sendo ali entendido que os artigos 29-A e 29-D da Lei nº 8.036/90 dão fundamento à necessidade de promover a execução das sentenças de *expurgos do FGTS* através do procedimento de *execução por quantia certa contra devedor solvente* nas hipóteses em que a conta vinculada se encontrar inativa, com a realização de penhora e seguida de depósito em nova conta vinculada aberta em nome do autor exclusivamente para esta finalidade, corroborando a tese defendida pela Segunda Turma dois anos depois:

*“FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. PAGAMENTO. CONTA VINCULADA JÁ ENCERRADA. ABERTURA DE NOVA CONTA VINCULADA EM NOME DO AUTOR EXCLUSIVAMENTE PARA ESSE FIM. AGRAVO REGIMENTAL. MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC. DESCABIMENTO. EXCLUSÃO DOS PERCENTUAIS RELATIVOS AOS MESES DE MAIO/90 E FEVEREIRO/91. AUSÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER.*

*- O pagamento da correção monetária sobre os saldos do FGTS, em caso de a conta vinculada do autor já ter sido encerrada, implica em a Caixa Econômica Federal abrir nova conta vinculada em nome do autor, à disposição do juízo da execução, exclusivamente para essa finalidade, atendendo-se, assim, ao disposto no art. 29-A, da Lei nº 8.036/90 (acrescentado pela Medida Provisória 2.197-43/2001).*

*- É incabível a aplicação da multa com base no art. 557, § 2º, ante a inexistência de abuso do direito de recorrer no agravo regimental interposto, sem o qual não se viabilizaria o recurso especial que ora se provê.*

*- Não tendo havido condenação à inclusão dos percentuais do IPC referentes aos meses de maio/90 e fevereiro/91, revela-se a ausência de interesse em recorrer quanto ao pedido de exclusão de tais índices.*

- *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para determinar que o numerário referente à correção monetária seja lançado em conta vinculada em nome do autor e à disposição do juízo da execução, aberta para tal finalidade, e para excluir a multa imposta quando do julgamento do agravo regimental pelo Tribunal de origem..*" [grifos nossos]

(RECURSO ESPECIAL Nº 408992(RS). PROCESSO Nº 2002/0012325-6 PRIMEIRA TURMA. RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX. DATA DO JULGAMENTO: 14/05/2002. DATA DA PUBLICAÇÃO: 03/06/2002.)

Ressalte-se que o teor da decisão proferida no Recurso Especial nº 408.992(RS) não apenas reforça a idéia de condicionamento da natureza da obrigação da sentença de FGTS à atividade da conta fundiária cuja atualização monetária é judicialmente discutida, como também explícita as normas jurídicas que fundamentam tal entendimento, traduzidas no disposto pelo artigo 29-D da Lei nº 8.036/90, acrescido pela Medida Provisória nº 2.164/01, que determina o pagamento dos valores devidos a título de saldos complementares de contas do FGTS mediante penhora com o depósito dos valores devidos em conta vinculada em nome do exequente à disposição do Juízo:

*"Artigo 29-D. A penhora em dinheiro, na execução fundada em título judicial em que se determine crédito complementar de saldo de conta vinculada do FGTS, será feita mediante depósito de recursos do Fundo em conta vinculada em nome do exequente, à disposição do juízo."* [grifos nossos]

Do dispositivo legal acima transcrito, é possível observar que a execução das Sentenças de correção monetária do FGTS deverá ser procedida mediante penhora em dinheiro, penhora essa que remonta medida executiva a ser adotada exclusivamente nos procedimentos de *execução por quantia certa contra devedor solvente* previsto pelos artigos 646 a 731 do Código de Processo Civil (Livro II, Título II, Capítulo IV do Código).

Dessa forma, pelos entendimentos manifestados pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região e pelas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em sede dos Recursos Especiais nºs 584.042(DF), 653.577(PR) e 408.992(RS), é equivocado o entendimento generalizado

dos Tribunais de que a natureza jurídica da obrigação estabelecida pelas Sentenças de correção monetária do FGTS remonta indiscriminadamente uma obrigação de fazer, posto que esta natureza está intimamente condicionada a atividade ou inatividade da conta vinculada de FGTS do autor, devendo a obrigação determinada pela sentença de *expurgos do FGTS* remontar uma obrigação de fazer apenas nas hipóteses em que os depósitos da conta vinculada do autor não tenham sido sacados pelas hipóteses que ensejam a inatividade da conta.

É importante ressaltar que o acolhimento pelos Juízos da tese sobre o condicionamento da natureza jurídica da obrigação existente nas sentenças de *expurgos do FGTS* e, por conseqüência, do procedimento executivo a ser adotado, pode influir consideravelmente no resultado de milhares de execuções movidas em face da Caixa Econômica Federal, haja vista que a crise no mercado de trabalho que assola o país desde o início dos anos 90 ensejou a extinção da maior parte dos contratos de trabalho existentes no final dos anos 80, sendo razoável pressupor que a maior parte das contas vinculadas envolvidas nas ações de FGTS já tenham se tornado inativas, seja em razão de saques ocorridos pela hipótese de demissão sem justa causa de milhões de trabalhadores brasileiros desde 1989, seja pela aposentadoria de outros milhões de trabalhadores, o que tornaria predominante a adoção do procedimento de *execução por quantia certa contra devedor solvente* pelos Juízos de execução.

Diante do entendimento quanto ao procedimento executivo a ser adotado nas execuções de sentenças de *expurgos do FGTS*, em razão do condicionamento da natureza jurídica da obrigação à situação jurídica da conta recomposta, o acolhimento de tal posição pelos Tribunais e Juízos de execução pode fazer com que a maior partes destas execuções se operem pelo procedimento de *execução por quantia certa contra devedor solvente*, tendo em vista que grande parte das contas vinculadas envolvidas se encontram inativas.

Assim, torna-se necessário demonstrar porque a adoção desse procedimento pode produzir melhores resultados tanto em relação às partes envolvidas na demanda quanto à defesa judicial do próprio FGTS pelos advogados da Caixa Econômica Federal.

### **3 O Caráter Híbrido da Obrigação Contida nas Sentenças de Expurgos de FGTS**

Independente da atividade ou inatividade da conta fundiária cujo saldo é discutido em Juízo, a aplicação dos índices de atualização mone-

tária entendidos como corretos pelos Tribunais, sendo realizada na forma de pagamento de prestação pecuniária (obrigação de dar) ou pelo ato de recomposição contábil (obrigação de fazer) é importante observar que o cumprimento do comando judicial apresentará elementos das duas espécies de obrigação.

Quando executada a sentença de *expurgos do FGTS*, através do procedimento de obrigação de fazer, o cumprimento do julgado se dá com a citação da Caixa Econômica Federal na forma do artigo 632 do Código de Processo Civil e a realização de ato de recomposição contábil pela Caixa, com a aplicação sobre os saldos fundiários das competências de janeiro de 1989 e abril de 1990 das diferenças de percentuais de correção monetária acrescidas, na maioria dos casos, de juros de mora e correção monetária na forma legal, sendo tais valores creditados diretamente na conta vinculada do titular favorecido, que poderá levantar tais valores se atendida um das hipóteses previstas pela Lei nº 8.036/90.

Por sua vez, iniciada a execução de sentença pelo procedimento de execução de uma obrigação de pagar, realiza o autor o mesmo procedimento aritmético realizado pela Caixa no ato de recomposição contábil das obrigações de fazer, com a apresentação de memória de cálculo que ensejará a citação da Caixa Econômica Federal na forma do artigo 652 do Código de Processo Civil e a conseqüente penhora prevista pelo artigo 659 do mesmo diploma legal.

Constata-se, portanto, que nas sentenças de *expurgos do FGTS* são tênues os limites entre a prestação de uma obrigação de fazer e a prestação de uma obrigação de pagar, sendo realizados os mesmos cálculos pelas partes, sendo a única diferença se dá em razão da forma em que os valores devidos são transferidos ao patrimônio do titular da conta favorecido pela decisão judicial, sendo possível dizer que a natureza jurídica da obrigação existente na sentença de FGTS está condicionada à atividade da conta vinculada, mas a natureza do objeto da execução possui um caráter híbrido, com elementos inerentes ao pagamento de uma obrigação pecuniária (obrigação de dar) combinado à realização do ato de recomposição contábil (obrigação de fazer).

### 3. 1 Cominação de Multa Diária x Execução de Valores Arbitrários

Seja pelo procedimento de *execução por quantia certa contra devedor solvente*, seja pelo procedimento de execução de obrigação de

pagar, o advogado da Caixa Econômica Federal, ao atuar nos processos de *expurgos de FGTS* em fase de execução sempre se depara com duas grandes ameaças, inerentes a cada um dos procedimentos adotados.

A primeira delas, que se refere à execução de obrigação de fazer, é a cominação de multa diária pelo Juízo da execução, medida mandamental ampliada pela Lei nº 10.444/01 que pode maximizar o *quantum* devido ao autor, acarretando o pagamento de soma vultuosa em dinheiro, muitas vezes superiores ao valor principal devido pela decisão judicial originária.

A incidência de tal risco é uma constante no curso das execuções de sentenças de *expurgos de FGTS*, não apenas em razão do grande volume de demandas a serem atendidas por cada advogado da Caixa Econômica Federal, como também pela conduta dos advogados dos autores, que dificultam ao máximo o fornecimento de dados cadastrais essenciais ao cumprimento do julgado, tais como a numeração do PIS/PASEP e da Carteira de Trabalho do titular de conta vinculada.

A segunda grande ameaça, inerente ao procedimento de execução de obrigação de pagar, é execução de valores arbitrariamente apresentados pelo autor quando da elaboração de memória de cálculos com a inclusão de valores contabilmente inadequados ou decorrentes de elementos não existentes na decisão de mérito transitada em julgado. Tais circunstâncias podem acarretar na penhora de valores superiores aos realmente devidos, que poderão ser acolhidos pelo Juízo da execução caso a impugnação de tais valores pela oposição de embargos à execução ou pela apresentação de execução de pré-executividade não sejam acolhida pelo Juízo.

As duas espécies de procedimento executivo adotadas pelos Juízos podem causar sérios prejuízos ao montante do FGTS em razão do descomunal volume de demandas a serem atendidas pelos advogados da Caixa em sede das ações de *expurgos de FGTS*, tornando-se necessária a adoção de medidas junto ao Juízo executivo que permitam o célere cumprimento pela Caixa Econômica Federal, no sentido de afastar a cominação de multa diária, nas execuções de obrigação de fazer, e a penhora de valores arbitrariamente apresentados pelos autores em sede de execução de obrigação de pagar, medidas que podem ser implementadas através da adoção de nova postura na atuação da Caixa nessa espécie de demanda, no sentido de prover, tal como o ocorrido no âmbito das decisões de mérito, a unificação do entendimento dos Tribunais e Juízos acerca das ações de FGTS em sua fase executiva.

## 4 Execução de Sentenças de *Expurgos de FGTS*: Uma Nova Proposta

Para adoção de novas medidas processuais, a Caixa Econômica Federal pode fazer uso de dois poderosos institutos legais capazes de promover o célere cumprimento das sentenças de *expurgos de FGTS*, independentemente do procedimento executivo adotado pelo Juízo da execução.

O primeiro deles é o instituto do cumprimento espontâneo da execução, previsto pelos artigos 570 e 605 do Código de Processo Civil, que facultam ao devedor o cumprimento da execução, com a entrega da prestação estabelecida de acordo com o teor do título executivo judicial ou extrajudicial, colocando-se o devedor na mesma posição do credor. Tal hipótese é comumente observada nas execuções de sentenças de *expurgos de FGTS* quando a Caixa Econômica Federal, após o trânsito em julgado da sentença, realiza de cálculos e créditos na conta vinculada do autor exequente.

O segundo instituto, que permite não apenas o cumprimento espontâneo do julgado, como também a elaboração de cálculos para impugnação em sede de embargos à execução ou cumprimento de ordem judicial para cumprimento de obrigação de fazer é inversão do ônus de prova para apresentação de extratos, decorrente da vigência da Lei Complementar nº 110/01 que, em seu artigo 10, obrigou as instituições financeiras então depositárias de contas vinculadas de FGTS nos períodos abrangidos pela correção monetária determinada pelos Tribunais Superiores (os chamados "*Bancos Depositários*") a repassarem à Caixa Econômica Federal as informações cadastrais e financeiras acerca dos saldos de FGTS da competência dos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990, encontrando-se a Caixa de posse dos extratos referentes aos saldos de contas vinculadas do FGTS referentes àqueles períodos:

*"Art. 10. Os bancos que, no período de dezembro de 1988 a março de 1989 e nos meses de abril e maio de 1990, eram depositários das contas vinculadas do FGTS, ou seus sucessores, repassarão à Caixa Econômica Federal, até 31 de janeiro de 2002, as informações cadastrais e financeiras necessárias ao cálculo do complemento de atualização monetária de que trata o art. 4º.*

*§ 1º A Caixa Econômica Federal estabelecerá a forma e o cronograma dos repasses das informações de que trata o caput deste artigo.*

*§ 2º Pelo descumprimento dos prazos e das demais obrigações estipuladas com base neste artigo, os bancos de que trata o caput sujeitam-se ao pagamento de multa equivalente a dez por cento do somatório dos saldos das contas das quais eram depositários, remunerados segundo os mesmos critérios previstos no art. 5o.*

*§ 3º Os órgãos responsáveis pela auditoria integrada do FGTS examinarão e homologarão, no prazo de sessenta dias, a contar da publicação desta Lei Complementar, o aplicativo a ser utilizado na validação das informações de que trata este artigo."*

Não obstante o fato de que o objetivo originário do legislador, ao criar o dispositivo do artigo 10 da Lei Complementar nº 110/01, era criar meios para recomposição extrajudicial dos saldos de conta vinculada, objeto da aplicação dos percentuais concedidos pelos Tribunais Superiores, este banco de dados acabou por se tornar poderoso instrumento para recomposição dos saldos de FGTS por força de decisões judiciais, permitindo o cumprimento dos julgados perante os Juízos de execução.

A principal inovação ocorrida com a criação do referido banco de dados criado pelo artigo 10 da Lei Complementar nº 110/01 é a viabilização da inversão do ônus da prova nas ações de FGTS, sendo ônus exclusivo da Caixa Econômica Federal a apresentação em Juízo das cópias dos extratos de contas envolvidos nas decisões de *expurgos de FGTS*, caso estes sejam objeto de solicitação.

Portanto, em razão do disposto pelo artigo 10 da Lei Complementar nº 110/01, possui a Caixa Econômica Federal meios materiais que permitem não apenas a realização do cumprimento espontâneo do julgado, como também a apresentação de cálculos para fins de impugnação ou cumprimento de obrigação de fazer determinada por decisão judicial.

Dessa forma, o instituto do cumprimento espontâneo da execução, previsto pelos artigos 570 e 605 do Código de Processo Civil, combinado com a utilização da base de dados criada pelo artigo 10 da Lei Complementar nº 110/01, permite à Caixa Econômica Federal a adoção de pro-

cedimento capaz de promover a recomposição judicial dos saldos de contas do FGTS logo após o trânsito em julgado da decisão de mérito que a condenou a pagar ou creditar as diferenças dos índices de correção monetária relativos aos períodos de janeiro de 1989 (Plano Verão) e abril de 1990 (Plano Collor I) antes do início da execução do julgado, independente da via procedimental eleita pelo Juízo da execução.

Ressalte-se que a utilização da base de dados do artigo 10 da Lei Complementar nº 110/01 quando do cumprimento espontâneo do julgado também permite a constatação da celebração pelo titular da conta fundiária do acordo previsto pela Lei Complementar nº 110/01 (os chamados "*Termos de Adesão*"), a adução de outras questões relativas à eficácia da decisão transitada em julgado, tais como a ocorrência de litispendência ou a inexistência de depósito de FGTS à época dos planos econômicos.

Também no momento do cumprimento espontâneo do julgado é possível à Caixa Econômica Federal o fornecimento ao Juízo das cópias dos extratos de contas vinculadas utilizadas na realização de cálculos e créditos, além da informação acerca da atividade ou inatividade da conta vinculada discutida em Juízo, informação essa que, conforme entendimento jurisprudencial anteriormente demonstrado, condiciona a natureza jurídica do comando existente nas sentenças de FGTS e delimita o procedimento executivo a ser adotado.

Diante da adoção das medidas acima descritas, suscitadas as questões inerentes à eficácia da decisão transitada em julgado, apresentados os comprovantes de recomposição do saldo de FGTS do autor e prestada ao Juízo a informação quanto à atividade ou inatividade da conta vinculada (sendo predominante a hipótese de inatividade da maioria das contas fundiárias), torna-se possível pleitear perante o Juízo da execução, caso o autor discorde com os valores calculados e creditados em sua conta vinculada pela Caixa, a promoção do presente julgado pelo procedimento de *execução por quantia certa contra devedor solvente*, com a apresentação de planilha de cálculos pelo autor ou pela Contadoria Judicial, que já teria a sua disposição os extratos previamente levados aos autos, sendo possível afastar não apenas a ameaça da cominação multa diária (exclusiva das execuções de obrigações de fazer ou não fazer, conforme o disposto expressamente pelo artigo 461 do Código de Processo Civil) como também reduzir os riscos de execução de valores unilateralmente apresentados pelo autor/exeqüente nas execuções das obrigações de pagar.

A proposta feita no presente estudo é ousada. A adoção das medidas aqui sugeridas não apenas ensejaria modificações no tratamento

das contas vinculadas dos autores pela Gerência do Fundo de Garantia, que também se tornariam obrigados a fornecer as imagens dos extratos de contas vinculadas (já disponíveis em portal eletrônico) como também estariam obrigadas a informar ao Jurídico da Caixa se a conta fundiária objeto da ordem judicial encontra-se ativa ou inativa.

Também é ousada a proposta no sentido de aduzir perante o Juízo o fato de que o entendimento jurisprudencial manifestado pela Quarta Região do Tribunal Regional Federal e, principalmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede dos Recursos Especiais nºs 584.042(DF), 653.577(PR) e 408.992(RS), de que a inatividade da conta vinculada de FGTS enseja a sua execução na forma de procedimento de *execução por quantia certa contra devedor solvente*, em confronto com o entendimento formado por vários Tribunais e Juízos de primeiro grau de que a execução das sentenças de *expurgos de FGTS* deve ser procedida, indiscriminadamente, na forma de obrigação de fazer, independente da situação jurídica da conta fundiária *sub judice*.

Contudo, os advogados da Caixa Econômica Federal devem atentar ao fato de que o entendimento dos Tribunais acerca dos *expurgos de FGTS*, em sede da prolação do Recurso Extraordinário nº 226.855-7 e da edição da Súmula nº 252 pelo Superior Tribunal de Justiça, não apenas delineou o direito material discutido em torno da matéria, como também influenciou o Poder Legislativo a promulgar a Lei Complementar nº 110/01, sendo possível acreditar que o mesmo debate que ensejou a uniformização do entendimento em torno do direito material a ser aplicado à questão também poderá ensejar entendimento uniforme quanto às medidas a serem adotadas nas ações de *expurgos de FGTS* no âmbito do processo executivo.

## 5 Conclusão

Diante das observações realizadas em sede do presente estudo, é possível chegar as seguintes conclusões:

Após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Especial nº226.855-7 (RS), a prolação das decisões que ensejaram a edição da Súmula nº252 do Superior Tribunal de Justiça, e da decisão em sede do Recurso Especial nº 581.855(DF) pelo mesmo Tribunal de, torna-se cada vez mais pacífico o entendimento dos Tribunais Superiores acerca do direito material a ser tutelado nas ações de expurgos inflacionários do FGTS, no sentido de que sejam aplicados aos saldos das contas de FGTS das competências de janeiro de 1989 (Plano Verão) e

abril de 1990 (Plano Collor I) as diferenças de percentuais de correção monetária traduzidos em 42,72% e 44,80% do IPC, respectivamente.

Não obstante o consenso em relação ao direito material a ser aplicado nas ações de expurgos inflacionários do FGTS, inexistente qualquer entendimento uniforme quanto às medidas de cunho processual a serem adotadas pelos Juízos de execução quanto ao procedimento executivo utilizado para o cumprimento do julgado, face à controvertida natureza jurídica da obrigação criada em sede da Sentença de expurgos inflacionários do FGTS, podendo tal obrigação ser entendida como uma obrigação de fazer ou uma obrigação de pagar, conforme o entendimento de cada Juízo, sendo necessária a existência de entendimento que defina com clareza a natureza jurídica de tal obrigação.

A falta de uniformização quanto ao procedimento a ser adotado na execução das Sentenças de expurgos inflacionários do FGTS acarreta situações de permanente risco, em razão das medidas adotadas pelos Juízos da execução, tais como a cominação de multas diárias, inerente ao cumprimento das obrigações de fazer, ou a penhora de valores arbitrários, inerente ao cumprimento das obrigações de pagar, sendo necessário não apenas uniformizar o entendimento quanto à natureza jurídica da obrigação criada pela Sentença de expurgos inflacionários do FGTS, como também a utilização de alguns mecanismos processuais que minimizem os riscos quando do cumprimento dos julgados.

No que se refere à discussão da natureza jurídica da obrigação criada pela Sentença de expurgos inflacionários do FGTS, é possível observar que o entendimento majoritário dos Tribunais e dos Juízos de execução é de que a obrigação criada pela sentença remonta uma obrigação de fazer, sendo imposta à Caixa Econômica Federal a realização de um ato de recomposição contábil, com o lançamento de crédito na conta vinculada do titular favorecido pela decisão judicial.

Contudo, o entendimento de que a natureza jurídica da obrigação contida na Sentença de expurgos inflacionários do FGTS remonta uma obrigação de fazer sofre um grave questionamento, tendo em vista que a imposição do ato de recomposição contábil não leva em consideração a situação jurídica da conta vinculada discutida em Juízo, no que se refere a sua atividade ou inatividade, conforme as hipóteses de levantamento previstas pelo artigo 20 da Lei nº 8.036/90, hipóteses que podem ensejar o encerramento da conta vinculada do trabalhador.

Assim, é possível entender, em um segundo momento, que a natureza jurídica da obrigação contida na sentença de expurgos inflacionários do FGTS está condicionada ao encerramento da conta vinculada *sub*

*judice*, podendo a mesma remontar uma obrigação de fazer nos casos em que a conta ainda não foi encerrada, ou uma obrigação de pagar nos casos em que a conta vinculada já foi encerrada e se tornou inativa, sendo que este segundo entendimento, inicialmente adotado pela Quarta Região do Tribunal Regional Federal, foi recentemente acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede dos Recursos Especiais nºs 584.042 (DF), 653.577 (PR) e 408.992 (RS).

A defesa perante os Tribunais e Juízos de execução do posicionamento defendido pelo Superior Tribunal de Justiça pode ser de grande vantagem à Caixa Econômica Federal e ao montante do FGTS, tendo em vista que a maioria das contas vinculadas existentes quando da edição dos Planos Verão e Collor I já se encontram inativas, sendo possível pressupor que a maior parte das sentenças de expurgos inflacionários do FGTS ensejarão o surgimento de uma obrigação de pagar oponível à Caixa, tendo o seu cumprimento procedido na forma de execução por quantia certa contra devedor solvente, que impede a adoção das medidas mandamentais previstas pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, tal como a cominação de multa diária pela demora no cumprimento do julgado, caracterizado com o principal fator de risco ao montante do FGTS.

Por sua vez, a execução do julgado na forma de cumprimento de obrigação de pagar também oferece outro grande risco ao Fundo, tendo em vista que a apresentação em Juízo de planilha de cálculos, elaborada unilateralmente pelo autor da ação, com a citação da Caixa na forma do artigo 652 do Código de Processo Civil e a conseqüente penhora dos valores apontados, pode ensejar a execução de valores arbitrários, muitas vezes em desacordo com o valor realmente devido ao titular da conta *sub judice*, devendo tal risco também ser diminuído ao máximo em cada processo, sendo necessária a utilização de dois poderosos mecanismos processuais.

O primeiro deles é o instituto do cumprimento espontâneo do julgado, previsto pelos artigos 570 e 605 do Código de Processo Civil, que, combinado com a utilização da base de dados criada pelo artigo 10 da Lei Complementar nº 110/01, permite à Caixa Econômica Federal a adoção de procedimento capaz de promover a recomposição judicial dos saldos de contas do FGTS logo após o trânsito em julgado da decisão de mérito que a condenou a pagar ou creditar as diferenças dos índices de correção monetária relativos aos períodos de janeiro de 1989 (Plano Verão) e abril de 1990 (Plano Collor I) antes do início da execução do julgado, independentemente da via procedimental eleita pelo Juízo da execução.

O segundo mecanismo é a inversão do ônus de prova para apresentação de extratos, oriunda da vigência do artigo 10 da Lei Complementar nº 110/01, que obrigou os antigos bancos depositários a repassarem à Caixa Econômica Federal as informações cadastrais e financeiras acerca dos saldos de FGTS da competência dos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990, encontrando-se a Caixa de posse dos extratos referentes aos saldos de contas vinculadas do FGTS referentes àqueles períodos.

A utilização destes dois institutos, mediante a realização do cumprimento espontâneo quão logo transitada em julgado a Sentença de expurgos inflacionários do FGTS, com a realização do ato de recomposição contábil sobre o saldo das contas vinculadas dos titulares favorecidos, torna possível em um mesmo momento não apenas levar aos autos cópias dos extratos existentes na base de dados criada pelo artigo 10 da Lei Complementar nº 110/01, como também informar ao Juízo se a conta vinculada se encontra ativa ou inativa, o que poderá determinar qual o procedimento executivo a ser adotado pelo Juízo em caso de discordância do autor/exequente em relação aos valores inicialmente creditados.

A eventual discordância pelo autor dos valores inicialmente apresentados resultará, na maioria dos casos, na realização do procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente, procedimento esse que não apenas afasta a cominação de multa diária, face ao disposto pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, como também poderá ser impugnada em sede de embargos à execução ou exceção de pré-executividade, tendo como subsídio os cálculos elaborados pela Caixa quando do cumprimento espontâneo do julgado, sendo possível assim diminuir tanto o risco de cominação de multa diária, bem como a execução de valores arbitrários.

Dessa forma, é de suma relevância a defesa do entendimento recentemente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a utilização do instituto do cumprimento espontâneo do julgado, com o fornecimento das cópias dos extratos da conta vinculada *sub judice*, bem como a informação ao Juízo acerca da atividade ou inatividade da conta, tendo em vista que a adoção de tais medidas pode reduzir consideravelmente os riscos de prejuízo ao FGTS, fundo social mantido por milhões de trabalhadores brasileiros, como também promover, tal como no âmbito do direito material, a uniformização das medidas processuais a serem adotadas pelo juízo da execução nas ações em questão.

## Referências

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, 8ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. I, 2ª Edição - Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas - *Lições de Direito Processual Civil*, Vol.II, 2ª Edição - Editora Lúmen Júris Rio de Janeiro, 1999.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil Volume I*, 24.ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil Comentado*, 35ª Edição - Editora Saraiva;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica (arts.461, CPC e 84, CDC)*, 1ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do FGTS*, 2ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2000.



# A Propriedade Intelectual como Instrumento Jurídico Internacional de Exploração: a Luta do Direito Socioambiental Contra a Biopirataria

**Alaim Giovani Fortes Stefanello**

*Advogado da CAIXA no Amazonas e Roraima  
Mestrando em Direito Ambiental pela UEA  
Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil*

**RESUMO:** Os países detentores de riquezas naturais, como o Brasil, têm sido alvo de um novo tipo de exploração: a Biopirataria. Neste campo controverso e polêmico o acesso ao patrimônio genético nacional está regulamentado por uma Medida Provisória que perdura há cinco anos. Surge aí a luta do Direito Socioambiental para encontrar novas formas de proteção aos direitos difusos e coletivos envolvidos, preservando o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, nos termos estabelecidos pelo artigo 225 da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Direito Socioambiental; Propriedade Intelectual, Biopirataria; Patrimônio Genético.

## 1 Introdução

No Brasil, por volta da década de 60, foram elaboradas as primeiras leis com objetivos de conservação ambiental. Já nas décadas de 70 e 80 os mais variados segmentos da sociedade despertaram para a importância do meio ambiente para a sobrevivência humana. Em 31 de agosto de 1981 foi editada a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que trouxe novas definições sobre o tema.

A questão conceitual de meio ambiente, contudo, ainda causa polêmica. O jurista José Afonso da Silva (2004) afirma que "a palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que

vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra meio. Por isso até se pode reconhecer que na expressão meio ambiente se denota certa redundância, advertida por Ramón Martín Mateo, ao observar que se utiliza decididamente a rubrica *Derecho Ambiental* em vez de *Derecho del Medio Ambiente*, abandonando uma prática lingüística pouco ortodoxa que utiliza cumulativamente expressões sinônimas ou, ao menos, redundantes, no que incide o próprio legislador". Segundo o autor, em Português também ocorre o mesmo fenômeno.

O legislador, por sua vez, definiu meio ambiente na Lei 6938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 3º, inciso I, o qual estabelece que:

*Art. 3º: Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:*

*I - Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.*

O doutrinador Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2004), em seu Curso de Direito Ambiental Brasileiro, ao conceituar meio ambiente escreve que "costuma-se criticar tal termo, porque pleonástico, redundante, em razão de ambiente já trazer em seu conteúdo a idéia de âmbito que circunda, sendo desnecessária a complementação pela palavra meio".

A posição dita redundante citada pelos juristas acima é a opinião da maioria da doutrina jurídica ambiental. Particularmente, discordo dos conceitos acima e busco amparo para tanto na aula inaugural do Curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas<sup>1</sup> (UEA) do ano de 2005, ministrada pelo Professor Doutor OZÓRIO JOSÉ DE MENESES FONSECA<sup>2</sup>, onde o mesmo explicou "que a expressão meio ambiente, não é um termo redundante construído por ufanistas incultos, não podendo, portanto, ficar sujeito a galhofas retóricas de despreparados e desavisados. Essa expressão insere a palavra meio com a conotação geométrica de volume, superfície ou área, sugerindo a existência de um objeto de referência. Adicionalmente, a palavra ambiente, que compõe a expressão, tem origem na preposição latina *amb* que quer dizer *ao redor, à volta*, e no verbo *ire* que significa *ir*, e de cuja junção resultou o termo *ambire* que expressa a idéia de ir ou estar à volta de um determinado elemento, figurando uma referência espacial (FONSECA, 2005)".

Para ele, "na expressão meio ambiente, a referência geométrica é a natureza e o entorno complexo, mas a referência essencial é o homem que está inserido, cercado, envolvido, como ser concreto, como objetivo central do meio e que deve ser o alvo principal dos programas de governo".

Portanto, filiando-me ao pensamento acima exposto, conjugado com o mencionado na Lei nº 6938/81, entendo que meio ambiente é o conjunto de condições da existência humana, compreendendo a relação do homem com a natureza que o cerca nos aspectos físico, químico, biológico e cultural, onde a referência central é sempre o ser humano.

Neste contexto e a partir do amadurecimento destas idéias ambientais que foi elaborada a Constituição Federal de 1988, sob forte influência das organizações não governamentais, da comunidade científica e da sociedade civil organizada. Começa-se, então, a discutir o meio ambiente como direito fundamental do ser humano.

O resultado dessa mobilização foi um capítulo inteiramente dedicado a questões ambientais que consagra o direito de todos os brasileiros ao meio ambiente equilibrado, considerado bem de uso comum do povo, essencial à qualidade de vida saudável.

Atualmente aflora a discussão acerca da necessidade de regulamentação da biotecnologia, com vistas a garantir o desenvolvimento sustentável como meio de preservação ambiental. Igualmente surge a necessidade de discutir o direito, a biotecnologia e a ética ambiental, sob um prisma interdisciplinar, relacionando-as com as ciências naturais, humanas e sociais.

Os benefícios contidos no patrimônio genético da floresta amazônica, por exemplo, são inimagináveis. Por essa razão a nossa flora e fauna chamam a atenção mundial e geram os interesses mais variados, principalmente os de natureza comercial relacionados ao mercado de fármacos e cosméticos.

Anualmente o mercado mundial de medicamentos movimenta 320 bilhões de dólares. Grande parte destes medicamentos origina-se da natureza, como a aspirina e a penicilina.

Isso faz com que as grandes empresas multinacionais que dominam este mercado voltem suas atenções para os cerca de cinco milhões de quilômetros quadrados que possui a Amazônia brasileira, a qual continua a ser uma grande desconhecida, principalmente para nós brasileiros.

A Amazônia possui a maior biodiversidade do planeta. É um verdadeiro tesouro biológico inexplorado com microorganismos, genes e

princípios ativos contidos em plantas e animais desconhecidos que podem conter a cura para muitas doenças que a ciência ainda não desvendou.

Além de servir como fonte de remédios, o patrimônio biológico pode oferecer matéria-prima para a fabricação de novos alimentos, cosméticos, corantes, pesticidas e novas fontes de energias menos poluentes e renováveis.

Essa riqueza biológica é uma característica existente atualmente nos países chamados de terceiro mundo, ou em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Todavia, esses países, também chamados de países do sul, não possuem recursos para investirem em pesquisas tecnológicas que transformem o seu patrimônio genético em remédios ou produtos industrializados.

Em contrapartida, os países ricos, também chamados de países de primeiro mundo ou do norte, possuem os recursos suficientes para investirem na mais moderna biotecnologia que pode transformar princípios ativos de plantas em fármacos de circulação mundial.

Cria-se, pois, uma relação de dependência mútua. Os países pobres possuem a riqueza biológica, mas não possuem tecnologia para usá-la. Os países ricos possuem recursos financeiros e meios para fazerem pesquisas com o patrimônio genético das plantas e animais, mas não possuem a matéria prima para tal.

Neste conflito internacional entre países pobres e ricos, a força do capital moldou o direito para atuar de forma globalizada, garantindo vantagens aos países desenvolvidos, produzindo leis, tratados e convenções internacionais sobre patentes e propriedade intelectual que aos poucos foram sendo impostas aos países provedores de recursos biológicos, que são os países que ainda mantêm parte da sua fauna e flora conservada, como o Brasil.

A edição de 29 de junho da Revista Istoé Dinheiro (CAPELA, 2005) traz uma matéria que ilustra bem esta dificuldade. Trata-se, segundo a revista, do primeiro remédio totalmente desenvolvido no Brasil. Seu potencial de vendas é de R\$ 1 bilhão. Levou 16 anos para ser desenvolvido e foram aplicados R\$ 100 milhões em pesquisas que resultou no antiinflamatório Acheflan, primeira droga totalmente brasileira.

O empresário responsável pelo projeto conta que começou a estudar a planta a partir de relatos de seus amigos que usavam-na para curar contusões resultantes de jogos de futebol. A aplicação da pasta da planta no local machucado curava a lesão em apenas um dia.

A pesquisa foi realizada em conjunto pela empresa Ache com a USP, Unicamp, UFRJ e UFSC. Como se vê, é o primeiro caso de um medicamento desenvolvido com tecnologia integralmente nacional, o que demonstra a dificuldade das empresas nacionais ingressarem no mercado mundial de medicamentos, principalmente depois da Lei de Patentes implantada em 1996.

## **2 A Biopirataria**

Neste contexto de riqueza biológica inexplorada em nível nacional, observa-se que empresas de diversos países têm acessado o patrimônio genético existente no Brasil para descobrir princípios ativos da natureza que possam gerar novos medicamentos e produtos comerciais, sem, contudo, observar os ditames éticos e legais.

O resultado destas pesquisas, quando bem sucedidas, geralmente foi precedido do contato com o conhecimento tradicional das populações indígenas sobre o uso medicinal de plantas e animais.

Os saberes destas populações tradicionais, indígenas e não-indígenas, constituem fenômenos complexos construídos socialmente a partir de práticas e experiências culturais, relacionadas ao espaço social, aos usos, costumes e tradições, cujo domínio geralmente é difuso (DANTAS, 2003).

Torna-se muito mais fácil e eficaz para o pesquisador iniciar seus estudos em plantas já utilizadas secularmente por povos indígenas em seus rituais de cura, do que sair aleatoriamente procurando alguma planta que possa ter um princípio ativo que, quando identificado e isolado, possa vir a ter alguma utilidade comercial.

Porém, os problemas começam já na forma de contato que é feito por alguns pesquisadores com as populações detentoras destes conhecimentos seculares, chamados de conhecimentos tradicionais. Geralmente a ética é abandonada em favor da cobiça pelo lucro que esta pesquisa pode gerar.

Todavia, os problemas não param na forma de abordagem que é feita por alguns pesquisadores. Geralmente estas pesquisas são feitas de forma ilegal e imoral e seu resultado só vai ser descoberto anos mais tarde, quando se tem notícia de que um produto com origem na biota brasileira foi patenteado no exterior. Surge aí um dos aspectos da chamada biopirataria.

Biopirataria é o nome com que se convencionou chamar a exploração clandestina de produtos com base em vegetais e microorganismos das florestas nacionais, inclusive com obtenção de patentes (NALINI, 2004).

A biopirataria consiste na coleta de materiais para fabricação de medicamentos no exterior sem o pagamento de *royalties* ao Brasil, materiais estes oriundos principalmente da região da Amazônia, onde a diversidade dos recursos genéticos é imensa (FIORILLO E DIAFÉRRIA, 1999).

Destaque-se, contudo, que existe muita pesquisa séria, competente e comprometida com valores éticos, sociais e ambientais, principalmente nas instituições de pesquisas e universidades nacionais.

Evidentemente a riqueza biológica e genética da Amazônia precisa ser defendida, mas esse princípio não pode conduzir a um isolamento, nem fazer surgir uma absurda reserva de mercado de seus produtos (FONSECA, 2003).

Não será com uma nova muralha da China que a região conquistará sua autodeterminação, a capacidade de determinar seu destino na interlocução com o mundo, mas com o melhor conhecimento sobre si mesma (PINTO, 2003).

Também, a Amazônia não é só brasileira, ela se estende por vários países e os elementos da biota transitam por ela toda, em resposta às suas características biológicas. Fronteiras políticas são perceptíveis apenas pelo homem (VAL e VAL).

Em razão desse fator geográfico, alguns casos de biopirataria acabam envolvendo mais de um país. Exemplo disso aconteceu com os índios Wapichana, em Roraima, na fronteira com o sul da República Cooperativista da Guiana.

Essa população indígena reside nos dois países simultaneamente. Devemos lembrar que a noção de território para os índios é diferente da que costumamos conceber. Para os povos indígenas, a sua relação com sua terra é de subsistência, sobrevivência e de espiritualidade. É o local de onde eles retiram seu sustento, vivem seus dias e enterram seus mortos, cultuando seus antepassados.

Nesta região citada de Roraima, os índios usam uma noz chamada de Tipir como remédio para hemorragias, infecções e até mesmo como método anticoncepcional. Esse uso secular chamou a atenção de um Bioquímico inglês chamado Conrad Gorinsk. Filho de uma índia com um fazendeiro Polonês, ele morou por um tempo em Roraima, onde conheceu os índios Wapichana.

Os índios contam que ele começou a pesquisar as plantas prometendo que os recompensaria com remédios e ajuda para a aldeia. Após ter conseguido descobrir o que queria, os índios só foram ter notícias do pesquisador novamente quando souberam pela imprensa que o Tipir havia sido patenteado na Europa.

O bioquímico inglês ainda conseguiu duas patentes com base numa outra planta utilizada pelos índios Wapichana, o cunani. As patentes foram registradas na União Européia e nos Estados Unidos.

Percebe-se, pois, a dificuldade do direito em regular uma matéria onde os costumes de um povo ultrapassam nossas noções habituais de território e de fronteiras, exigindo, em primeiro lugar, que possamos nos despir de nossos pré-conceitos formulados ao longo de nossa existência ocidental; para, finalmente, procurar encontrar qual o melhor regime jurídico para salvaguardar os interesses em disputa.

Outro caso que tem atraído atenção internacional é a chamada "vacina do sapo". Trata-se de um sapo (*phyllomedusa bicolor*) encontrado na região amazônica, cuja utilização pelos índios é tida como secular.

A "vacina" é feita a partir da retirada da secreção ou veneno do sapo, sendo aplicada através de queimaduras que são feitas na pele. A reação é curta, cerca de quinze minutos, porém, os efeitos são muito fortes. Os vasos sanguíneos se dilatam, a pressão arterial baixa, gerando sensação desagradável. Os efeitos, porém, costumam ser animadores.

Existem pesquisas que estão sendo realizadas com a finalidade de utilização destas substâncias extraídas do sapo para tratamento do mal de Parkinson, Aids e câncer. As propriedades medicinais deste sapo são tão promissoras que já existem dez registros de patentes no exterior (Japão, EUA, Comunidade Européia e OMPI - Organização Mundial de Propriedade Intelectual).

### **3 Novos Colonialismos Através da Propriedade Intelectual e das Patentes**

Na era da economia globalizada e neoliberal, foram produzidos acordos internacionais sob a liderança dos países detentores de tecnologia, como os EUA. Dentre estes acordos, destaca-se a Rodada do Uruguay, em 1994, que resultou na substituição do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) pela OMC (Organização Mundial do Comércio).

Em 1995, cento e vinte e três países firmaram um acordo sobre questões de propriedade intelectual, denominado acordo TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Este acordo mudou radicalmente a matéria em nível internacional na medida que obrigou os Estados, através de punições e sanções, a editarem legislações internas nos moldes das internacionais.

No Brasil, o resultado desta obediência ao capital internacional resultou na Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, conhecida como a Lei de Propriedade Industrial.

Quinhentos anos depois de Colombo, uma versão secular do mesmo projeto de colonização está em andamento por meio das patentes e dos direitos de propriedade intelectual. A liberdade que as empresas transnacionais estão reivindicando por meio da proteção aos direitos de propriedade intelectual, no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade*) sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade Related Intellectual Property Rights - TRIPS*), é a liberdade que os colonizadores europeus usufruíram a partir de 1492. A biopirataria é a "descoberta" de Colombo 500 anos depois de Colombo (SHIVA, 2001).

Percebe-se, então, que a Lei de Propriedade Industrial brasileira beneficia as grandes empresas multinacionais detentoras de recursos financeiros e de tecnologia, as quais exploram os recursos genéticos e biológicos dos países do sul, protegendo seu lucro e exclusividade através das leis de patentes que foram impostas paulatinamente através de acordos internacionais pautados na força do capital internacional.

O exemplo da dificuldade em superar esta dominação já foi citado na introdução deste texto, onde mostramos que neste ano foi lançado o primeiro medicamento desenvolvido por uma indústria totalmente nacional. Como se vê, a disparidade nos avanços da biotecnologia são muito grandes.

#### **4 Aspectos da Medida Provisória nº 2186-16/2001**

Atualmente o acesso aos recursos genéticos é regulado pela Medida Provisória nº 2186-16 de 23 de agosto de 2001. Sua versão inicial foi editada em 3 de junho de 2000, sob o número 2052. Tal MP é fruto de uma polêmica surgida de um contrato que havia sido realizado entre a empresa farmacêutica Novartis e a Organização Social Bioamazônia.

Tal contrato previa, em síntese, a bioprospecção (atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial) e a exploração do patrimônio genético existente na Amazônia, de onde se obteriam recursos para financiar o Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA).

Alguns parlamentares e Organizações Não Governamentais criticaram o contrato, o que fez com que o governo brasileiro editasse a Medida

Provisória em questão e procedesse o imediato cancelamento do contrato.

Com isso, vários projetos de lei sobre o assunto foram atropelados por essa Medida, inclusive um de autoria da Senadora Marina da Silva, atual Ministra do Meio Ambiente. Vale destacar que a MP continua vigente até hoje, mesmo com a mudança de governo ocorrida nas eleições presidenciais de 2002.

O resultado imediato dessa ação governamental foi que a Novartis, que investiria seus recursos financeiros no Brasil, transferiu seus recursos para outro país onde está investindo pesadamente em pesquisa de novos medicamentos. O Centro de Biotecnologia da Amazônia que receberia estes recursos está até hoje engatinhando com as verbas federais e estaduais que são destinados para pesquisa, estando praticamente inoperante.

Como se vê, ao invés de aperfeiçoar ou refazer o contrato, permitindo que os interesses nacionais fossem preservados, o Governo Federal achou melhor cancelá-lo, conseguindo, com isso, paralisar o Centro de Biotecnologia da Amazônia e atropelar o processo legislativo do Congresso Nacional que estava discutindo vários projetos de lei sobre o assunto.

Atualmente, como se disse, é esta Medida Provisória que tutela juridicamente o acesso aos componentes do patrimônio genético existente no território nacional para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção.

O inciso III do artigo 1º da MP prevê a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração do patrimônio genético associado ao conhecimento tradicional. Não há definição do que seria justo e equitativo.

O conceito fica, atualmente, restrito ao entendimento discricionário do CGEN (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético), no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, conforme se observa no artigo 1º:

*Art. 1º. Esta Medida Provisória dispõe sobre os bens, os direitos e as obrigações relativos:*

*I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção;*

*II - ao acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do*

*patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes;*

*II - à repartição justa e eqüitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado; e*

*IV - ao acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica.*

*§ 1º. O acesso a componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção far-se-á na forma desta Medida Provisória, sem prejuízo dos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre o componente do patrimônio genético acessado ou sobre o local de sua ocorrência.*

*§ 2º. O acesso a componente do patrimônio genético existente na plataforma continental observará o disposto na Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993.*

Portanto, após a edição da MP nº 2186-16/2001, o acesso e comercialização dos recursos genéticos existentes no Brasil, exceto oriundos de seres humanos, passou a depender de autorização da União, conforme estabelece o artigo 2º da MP.

Em 07 de junho de 2005 o Governo editou um decreto sob o número 5.459, regulamentando o artigo 30 da MP em tela. Esse decreto normatiza as sanções administrativas aplicáveis a quem praticar atividades lesivas ao patrimônio genético existente no país ou ao conhecimento tradicional associado. Para tanto, considera-se infração administrativa toda ação ou omissão que viole o disposto na Medida Provisória citada.

As autoridades competentes para a fiscalização e aplicação do decreto serão os agentes públicos do IBAMA, do Comando da Marinha e do Ministério da Defesa, na medida de suas competências, os quais podem atuar de ofício ou mediante representação de qualquer pessoa. Essa competência, porém, pode ser delegada aos órgãos ambientais estaduais e municipais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente.

O processo administrativo estabelecido pelo decreto nº 5.459/2005 prevê prazos relativamente rápidos, o que, em tese, deverá ocasionar um desfecho breve para as autuações impugnadas.

As sanções previstas para as infrações à MP variam de acordo com a gravidade do fato, podendo ser, dentre outras, de advertência, multa ou apreensão do material utilizado e do produto obtido. Se o produto já estiver sendo comercializado, suas vendas também podem ser suspensas, podendo ocorrer embargos da atividade do infrator com interdição parcial ou total do seu estabelecimento. Caso o produto tenha sido patenteado, poderá ocorrer a suspensão ou cancelamento da patente, além de acarretar a proibição do infrator de contratar com a administração pública por até cinco anos.

As multas podem ser aplicadas contra pessoas físicas ou jurídicas, variando seu valor de um mínimo de R\$ 200,00 (duzentos reais) a um máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Tais valores já estavam previstos desde 2001 no artigo 30 da MP nº 2.186-16, mas careciam de regulamentação via decreto, o que ocorreu apenas em junho de 2005.

Fica claro neste decreto que, além de proteger o meio ambiente, seus recursos biológicos e genéticos, o principal alvo tutelado foi a proteção do conhecimento tradicional associado, definido pela MP nº 2.186-16/2001 como informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético; conforme podemos observar no artigo 18 do decreto nº 5.459/2005:

*Art. 18. Deixar de repartir, quando existentes, os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir do acesso a amostra do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado com quem de direito, de acordo com o disposto na Medida Provisória no 2.186-16, de 2001, ou de acordo com o Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios anuído pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético:*

*Multa mínima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e máxima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), quando se tratar de pessoa jurídica, e multa mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e máxima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), quando se tratar de pessoa física.*

Essa proteção especial aos conhecimentos tradicionais evidencia-se pelo fato de ter sido prevista a maior multa possível, de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para quem deixar de repartir os benefícios obtidos com produtos obtidos a partir deste conhecimento tradicional associado com as comunidades indígenas ou locais que sejam suas detentoras.

A MP nº 2.186-16/2001 conceitua comunidade local como grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas;

## 5 Conclusões

Portanto, como se observa, a verdadeira proteção aos recursos genéticos nacionais passa por investimento de alta monta em tecnologia avançada para que possamos conhecer nossa riqueza biológica e genética.

Enquanto não formos detentores do conhecimento científico sobre os benefícios que a natureza pode nos propiciar, continuaremos vendo nosso patrimônio genético sendo explorado por outros países, os quais, após o desenvolvimento do produto e o registro da patente, nos vendem os benefícios obtidos com a nossa própria natureza.

Na esfera internacional é indispensável o fechamento de acordos que proíbam registros e patenteamento de organismos, de suas partes e dos produtos derivados de seu metabolismo, se a origem e a forma de obtenção não estiverem absolutamente claras. Também é necessário garantir o direito de propriedade intelectual das populações que geraram o conhecimento, para que não haja também uma pirataria cultural, tão repugnante quanto o bucaneirismo biológico (FONSECA, 2003).

O Direito Socioambiental tem buscado alternativas jurídicas para proteger o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético nacional. Neste sentido, urge que a ciência jurídica seja o objeto de uma profunda reflexão crítica, objetivando encontrar novas soluções onde o Direito não seja moldado pela força do capital, mas sim pelas necessidades de sobrevivência e de dignidade dos seres humanos.

## Notas

- 1 O Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas é o único Mestrado específico em Direito Ambiental no Brasil. É reconhecido pela CAPES/CNPq.
- 2 O Doutor Ozório José de Meneses Fonseca, em apertada síntese, é Mestre em Ecologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutor pela Universidade

Federal de São Carlos - SP, tendo lecionado em diversas instituições de ensino superior. Exerceu o cargo de Diretor do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia, tendo mais de 200 trabalhos científicos publicados. Suas atividades profissionais lhe renderam reconhecimento nacional e internacional, tendo recebido diversas honorárias, como a Medalha Comemorativa dos 30 anos do CNPq, dentre muitas outras.

## Referências

- CAPELA, MAURÍCIO. **A fórmula pioneira da ache**. São Paulo: Revista Istoé Dinheiro, edição 407, 2005, p. 70-71.
- DANTAS, F. A. Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. HILEIA - **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, v. 1, n. 1, p. 85-119, 2003.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 5ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2004. P.19.
- FIORILLO, C. A. P. DIAFÉRIA, A. **Biodiversidade e Patrimônio Genético no Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.
- FONSECA, O. J. de M. **Biodiversidade e Biopirataria. Amazonidades**. Manaus: Gráfica e Editora Silva, 2004, p. 260 - 263.
- FONSECA, O. J. M. **Biopirataria: um problema (quase) sem solução**. Manaus: Revista de Direito Ambiental da Amazônia - Hileia, UEA, 2003, p. 139 - 151.
- FONSECA, O. J. M. **Aula inaugural do ano de 2005, do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas**. Manaus. 2005.
- NALINI, J. R. **Ética Ambiental**. São Paulo: Millennium Editora, 2a ed., 2004, p.74 e 75.
- PINTO, Luiz Flávio. **"Nós e o mundo"**. O Estado de São Paulo, ed. de 14.01.2003.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2004.P.19.
- SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. tradução de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.
- VAL, A. L.e VAL, V. M.F. **Biopirataria na Amazônia - a recorrência de uma prática antiga**, disponível em <http://www.comciencia.br>, acesso em 02/05/2005.



# Cidade, Propriedade e o Novo Paradigma de Desenvolvimento Urbano no Brasil: a Função Social da Cidade<sup>1</sup>

**Alberto Bohnen Filho**

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul  
Mestre em Direito pela UNISC/RS*

**RESUMO:** Este trabalho analisa o tratamento dado pelas constituições brasileiras à cidade e à propriedade, demonstrando que a CF/88 redefiniu o conceito de cidade, a partir de sua função social, fortalecendo o papel do direito urbanístico, abrindo oportunidades evidentes de transformação da brutal realidade de desigualdade presente no espaço urbano e exigindo dos municípios o cumprimento da obrigação constitucional de execução da política de desenvolvimento urbano.

*Palavras-chave:* Cidade, propriedade e função social.

## 1 Considerações Iniciais

O direito urbanístico cada vez mais ocupa destaque no cenário jurídico nacional. No presente trabalho será analisado o tratamento dado pelas constituições brasileiras à cidade e à propriedade, bem como aspectos formativos das cidades no Brasil, merecendo destaque inicial o fato de que no início do século passado o índice de urbanização era em torno de 10% e hoje supera 80%.

A partir da constatação de que a Constituição Brasileira de 1988 - CF/88 redefiniu o conceito de cidade, procurar-se-á examinar as funções contemporâneas tanto da propriedade, quanto da cidade.

## 2 Formação das Cidades e Marcos Normativo-constitucionais das Cidades e da Propriedade no Brasil

Um primeiro registro histórico é dado por Reis Filho, o qual relata que "não existiu urbanização no Brasil durante os primeiros anos,

enquanto Portugal praticou em relação ao novo território uma política de colonização com base apenas na economia predatória da extração do pau-brasil" (REIS FILHO, 1968, p. 183).

Ao iniciar a quarta década de colonização, através das capitânias, foi tentado um novo sistema de organização colonial, que procurava "um estímulo às inversões de capitais privados". O Brasil passou a se constituir numa "gigantesca retaguarda rural, estabelecendo em escala internacional as trocas até então comuns no mercado urbano regional e estabelecendo, pela primeira vez, pelo menos nessa escala, um sistema de economias complementares" (REIS FILHO, 1968, p. 30).

Assim se desencadeou a colonização do Brasil, ou seja, através de um sistema de divisão do território em doze partes - as capitânias hereditárias - concedidas a particulares que quisessem morar no Brasil e fossem capazes de colonizá-lo e defendê-lo. A "primeira concessão se deu pela carta de doação expedida por D. João III, a 10 de março de 1534, em favor de Duarte Coelho, a quem coube a Capitania de Pernambuco" (SILVA, 2003, p. 69).

Sob a vigência das três ordenações - Afonsinas, Manuelinas e Filipinas - que regeram o Brasil até a independência (1822), a "expansão municipalista foi restringida pela idéia centralizadora das Capitânias, afogando as aspirações autonômicas dos povoados que se fundavam e se desenvolviam mais pelo amparo da Igreja que pelo apoio dos donatários" (MEIRELLES, 1998, p. 34).

Conforme assinala Mukai (1988, p. 17), "as cidades tinham pequena expressão no período colonial, posto que a base econômica estava no campo, mas serviam de centro de emanção do poder político e administrativo da metrópole". Entretanto, é oportuno lembrar que nos primórdios do processo de urbanização, destacam-se três etapas principais de organização do território:

*"a primeira fase (1530/1570) apresenta como ponto alto a fundação do Rio de Janeiro, em 1567. O segundo período situa-se entre 1580 e 1640, com a criação de vilas e cidades, propiciando uma urbanização sistemática da costa norte, em direção à Amazônia. Num terceiro momento (1650/1720), são fundadas trinta e cinco vilas, elevando-se duas delas à categoria de cidade: Olinda e São Paulo; e, ao final deste período, a rede urbana é constituída por um respeitável conjunto de sessenta e três vilas e oito cidades". (LEAL, 2003, p. 15)*

O Brasil, nesse período, era reflexo de uma política eminentemente rural, que decorria do sistema de sesmarias implantado pela Coroa e que se manteria ainda no período imperial, apesar da extinção legal do sistema sesmarial em 1822. De acordo com Lira (1997, p. 318), "durante o tempo que mediou entre a resolução extintiva do sistema sesmarial (17.07.1822) e a entrada em vigor da denominada Lei de Terras (lei nº 601, de 18 de setembro de 1850), houve um período designado pelos doutrinadores de extralegal ou de posses".

De fato, a fase monárquica teve início em 1808, com a chegada de dom João VI ao Brasil. Em 1815, o Brasil, pela lei de 16 de dezembro, passou a ser Reino Unido a Portugal, "pondo em consequência fim ao Sistema Colonial, e monopólio da Metrópole" (SILVA, 2003, p. 72). O próximo passo foi a proclamação da independência, em 7 de setembro de 1822. Iniciava-se, então, a forma de governo imperial, que permaneceria até a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889.

Segundo Leal (2003, p. 16), "de modo geral, é a partir do século XVIII, nos moldes do modelo europeu, que a urbanização no Brasil se desenvolve e a casa torna-se a residência mais importante do fazendeiro ou do senhor do engenho". No entanto, "foi necessário ainda mais um século para que a urbanização atingisse sua maturidade, no século XIX, e ainda mais um século para adquirir as características com as quais a conhecemos hoje" (SANTOS, 1996, p. 19).

A partir da proclamação da independência, teve início a história constitucional brasileira. Considerando-se a urbanização como um processo dinâmico, pode-se observar que os textos constitucionais, ao mesmo tempo em que influenciaram o desenvolvimento das cidades, também sofreram forte influência desse processo, o que se sobressai da análise do tratamento constitucional dado à cidade e à propriedade nos diferentes momentos da história.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 22 de abril de 1824 estabeleceu, já no art. 2º, a divisão do território em províncias, que poderiam ser subdivididas como pedir o bem do Estado. Nos termos do art. 165, ficou definido que cada província teria um presidente, nomeado e removido pelo imperador, quando entendesse que assim convinha ao bom serviço do Estado.

Essa Constituição instituiu as Câmaras Municipais no Título 7º ("Da Administração e Economia das Províncias"), Capítulo II ("Das Câmaras"):

*Art. 167. Em todas as Cidades, e Vilas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se criarem have-*

*rá Câmaras, às quais compete o Governo econômico, e municipal das mesmas Cidades, e Vilas.*

*Art. 168. As Câmaras serão eletivas, e compostas do número de Vereadores, que a Lei designar, e o que obtiver maior número de votos, será Presidente.*

*Art. 169. O exercício das funções municipais, formação das suas Posturas policiais, aplicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e úteis atribuições, serão decretadas por uma lei regulamentar.<sup>2</sup> (Brasil, 2003b)*

A lei regulamentar referida no art. 169 surgiu em 1-10-1828 e deu nova forma às Câmaras Municipais, marcando suas atribuições e o processo para sua eleição e dos juizes de paz. Todavia, como o centralismo provincial não confiava nas administrações locais, a lei trouxe para as "Municipalidades a mais estrita subordinação administrativa e política aos presidentes das Províncias" (MEIRELLES, 1998, p. 35), que não passavam de corporações meramente administrativas.

Na reforma da Constituição de 1824, pelo Ato Adicional (lei 16, de 12.8.1834), as municipalidades permaneceram subordinadas às Assembléias Legislativas provinciais em questões de exclusivo interesse local.

Mais tarde, a lei 105, de 12.5.1840, procurou dar interpretação mais ampla a dispositivos do ato adicional. Todavia, a possibilidade de uma boa administração pelas Municipalidades continuava sufocada pela lei regulamentar de 1828, que não conferia órgãos adequados para o exercício de suas funções. Isso pode ser exemplificado pelo fato de que na organização das Municipalidades não havia prefeito, cargo criado "pela Província de São Paulo, pela Lei 18, de 11.4.1835, com o caráter de delegado do Executivo, e de nomeação do presidente da Província" (MEIRELLES, 1998, p. 36). Tal fato estimulou a Regência a recomendar que o exemplo fosse seguido pelas demais províncias.

A propriedade apareceu em toda sua plenitude privatista no Título 8º da Constituição de 1824, que tratava das "Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros". Segundo o art. 179:

*A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.*

[...]

*XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.<sup>3</sup> (Brasil, 2003b)*

Houve uma nítida inspiração francesa na Constituição Imperial. Ao esquema de Montesquieu de divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário foi acrescentado o Poder Moderador, conforme previsto nos art. 10 e 98, exercido privativamente pelo imperador, que também era o chefe do Poder Executivo. Assim, evidencia-se a concentração de poder, sufocador das autonomias regionais, contra o que os liberais lutavam incessantemente, tanto que os federalistas foram responsáveis por diversas rebeliões durante o Império, como foi o caso das "Balaiadas, as Cabanadas, as Sabinadas e a República do Piratini" (SILVA, 2003, p. 77).

A Constituição do Império conseguiu, ao menos no plano formal, assegurar a garantia de direitos e a separação dos poderes, preconizada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, princípios que não toleravam o absolutismo. Mas, como observou Bonavides (2002, p. 330), "a Monarquia foi, não obstante, um largo passo para a estréia formal definitiva de um Estado liberal, vinculada, todavia, a uma sociedade escravocrata, aspecto que nunca se deve perder de vista no exame das instituições imperiais" .

Proclamada a República em 1889 - instalou-se um Governo Provisório presidido pelo Marechal Deodoro da Fonseca -, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história, o constitucionalismo da Primeira República, influenciado pelo modelo americano, instituindo-se o "sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder". Foram técnicas importadas para consagrar um modelo de "Estado Liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade" (BONAVIDES, 2002, p. 331). Todavia, como comenta Silva (2003, p. 79), faltou-lhe "vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida".

A primeira Constituição do período republicano - Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891 -, alinhada com o princípio federativo, inaugurava uma nova forma de organização, estabelecendo no art. 2º que cada uma das antigas províncias formaria um Estado, os quais, conforme previsto no art. 68: "organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse" (Brasil, 2003c).

Entretanto, na prática, não havia essa autonomia municipal, pois, seja pelo coronelismo, seja pelo hábito do centralismo, os prefeitos eram escolhidos e nomeados pelo governo estadual, sem qualquer garantia democrática. A propriedade, contemplada no parágrafo 17 do art. 72, foi mantida em toda sua plenitude, ressalvada a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização.

É oportuno registrar que o antigo Código Civil brasileiro, inspirado nessa concepção de propriedade, esteve vigente entre 1916 e janeiro de 2003, quando entrou em vigor o atual Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A Constituição de 1891 rompeu com a divisão quadripartida do Império, inspirada em Benjamin Constant, para agasalhar a doutrina tripartida de Montesquieu, contemplando no art. 15 que "são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entres si" (Brasil, 2003c).

Considerando que o sistema constitucional implantado ocasionara o enfraquecimento do poder central, fortalecendo os poderes regionais e locais, até então sufocados pelo poder centralizador do Império, verificou-se uma distorção da proposta constitucional, que permaneceu num esquema formal de divisão dos poderes, levando à construção da "política dos Governadores", um poder real e efetivo, que se sustentava no "coronelismo" - uma relação de interdependência que tem leis próprias, funcionando na base da coerção, da força e da lei oral, bem como de favores e obrigações - , "que dominou a Primeira República e foi causa de sua queda" (SILVA, 2003, p. 80).

Na prática, tinha-se um sistema no qual os coronéis elegiam os governadores, os deputados e os senadores, o que se confrontava com um esquema bem estruturado formalmente na Constituição. Esse era o sistema oligárquico dominante.

Tal período da história constitucional brasileira perdurou até 1930, com a instalação de um Governo Provisório - fruto de uma revolução tida como liberal que tinha por objetivo pôr fim à corrupção eleitoral - , quando se instalou um espaço intermediário de autoritarismo e dita-

dura que durou aproximadamente quatro anos, comandado por Getúlio Vargas - o líder civil da Revolução - até a eleição de uma Assembléia Constituinte, que promoveu a reorganização constitucional do país. Nesse clima, com a intervenção nos Estados e enfrentamento ao coronelismo é que se organizava a Constituinte que daria ao país a segunda Constituição republicana.

Com a Revolução de 1930 muitas idéias democráticas acabaram tendo reflexo na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Essa Constituição inaugura, segundo Bonavides (2002, p. 327), a terceira grande época constitucional de sua história, ainda em curso, na qual se percebe "a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão". Novos princípios, até então ignorados, foram inseridos no texto constitucional, os quais consagram um pensamento diferente no que se refere aos direitos fundamentais da pessoa humana, pois passam a ressaltar o aspecto social, sob a influência do modelo da Constituição de Weimar.

A Constituição de 1934 "teve para o Municipalismo o sentido de um renascimento" (MEIRELLES, 1998, p. 38). Apesar de o município não estar integrado como ente federativo, já que o art. 1º disciplinava que a nação brasileira era "constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios" (Brasil, 2003d), o art. 7º, ao estabelecer a competência privativa dos Estados, impôs, na alínea "d" do inciso I, o respeito à autonomia dos Municípios, o que restou contemplado no art.13:

*Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e, especialmente:*

*I - a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;*

*II - a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas;*

*III - a organização dos serviços de sua competência. (Brasil, 2003d)*

Inaugurava-se, então, um período no qual o Município passava a ter rendas próprias, as quais vêm detalhadas no parágrafo 2º do art. 13, o que é indispensável quando se fala em autonomia.

Outra inovação importante trazida pela Constituição de 1934 foi o conceito de propriedade como função social, tida por Leal (1998, p. 89)

"como grande marco formal do direito positivo brasileiro em matéria de propriedade urbana e mesmo em sede de urbanismo, eis que a partir daí se tem um parâmetro legal de orientação sobre a natureza jurídica e política da propriedade" , contemplado no nº 17 do art. 113:

*Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

*[...]*

*17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (Brasil, 2003d)*

Assim como a Segunda República, a autonomia municipal teve vida breve, pois, iniciada com a Constituição de 1934, foi tolhida pelo golpe de Estado de 1937, sem possibilidade de consolidação do regime, ou seja, mal floresciam as inovações da Constituição de 1834 e ocorreu o golpe de 1937 - o Estado Novo - , quando se voltou a um período de concentração de poder no Executivo.

Se a Constituição de 1891 era produto de um Congresso Constituinte e a Constituição de 1934 resultava de uma Assembléia Nacional Constituinte, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937 resultou de um decreto do presidente da República, que estava no poder eleito pela Assembléia Constituinte. Tal Constituição manteve a anterior divisão política e territorial, portanto, a federação continuava formada pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 3º).

Essa Constituição representou à autonomia municipal um efetivo golpe, pois foi cassada a eletividade do prefeito, que voltou a ser indicado pelo governador do Estado, sendo mantida unicamente a eleição dos vereadores, conforme disposto nos artigos 26 e 27 da Constituição de 1937:

*Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente:*

- a) à escolha dos Vereadores pelo sufrágio direto dos munícipes alistados eleitores na forma da lei;*
- b) a decretação dos impostos e taxas atribuídos à sua competência por esta Constituição e pelas Constituições e leis dos Estados;*
- c) à organização dos serviços públicos de caráter local.*

*Art 27 - O Prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado. (Brasil, 2003e)*

Nos estados, o interventor era um preposto do ditador e, nos municípios, o prefeito era um preposto do interventor, que tudo fazia (no sentido de submissão ao interventor) para se manter no cargo.

Comentando tal período da história municipal brasileira, Meirelles assinala que,

*“no regime de 1937, as Municipalidades foram menos autônomas que sob o centralismo imperial, porque, na Monarquia, os interesses locais eram debatidos nas Câmaras de Vereadores e levados ao conhecimento dos governadores (Lei de 1828) ou das Assembléias Legislativas das Províncias (Ato Adicional de 1834), que proviam a respeito, ao passo que, no sistema intervencional do Estado Novo, não havia qualquer respiradouro para as manifestações locais em prol do Município, visto que os prefeitos nomeados governavam discricionariamente, sem a colaboração de qualquer órgão local de representação”.* (MEIRELLES, 1998, p. 39)

A função social da propriedade experimentou, igualmente, um retrocesso, pois o art. 122, nº 14, assegurava o direito de propriedade, ressalvando unicamente a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, transferindo a definição de seu conteúdo e seus limites às leis que regulam seu exercício.

Nesse período histórico, o índice de urbanização já estava bastante modificado, pois se havia crescido "menos de quatro pontos nos trinta anos entre 1890 a 1920 (passando de 6,8 % a 10,7%) foram

necessários apenas vinte anos, entre 1920 e 1940, para que essa taxa triplicasse passando a 31,24%" (SANTOS, 1996, p. 22).

Com a deposição do governo ditatorial em 1945, processou-se a reconstitucionalização do país e a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946 - a da Terceira República -, resultado de uma Assembléia Constituinte. Embora ainda prevísse que a União seria integrada pelos Estados, o Distrito Federal e os Territórios (§ 1º do art. 1º), trouxe importantes conquistas para o municipalismo, tanto que a administração é descentralizada com a distribuição do poder entre a União, os Estados-membros e os Municípios. Ainda, foi assegurada a autonomia política (art. 28, I), administrativa (art. 28, II) e financeira. Disciplinava o art. 28:

*Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada:*

*I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;*

*II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,*

*a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;*

*b) à organização dos serviços públicos locais. (Brasil, 2003f)*

É oportuno registrar que os parágrafos 1º e 2º do artigo antes referido ainda traziam resquícios de um período autoritário, tanto que previam a nomeação, pelos governadores dos Estados ou dos Territórios, dos prefeitos das capitais, dos municípios com estâncias hidrominerais naturais beneficiadas pelo Estado ou pela União e dos municípios declarados por lei federal como bases ou portos militares de importância para a defesa externa do país.

Na questão financeira, foram discriminadas as rendas públicas municipais exclusivas no artigo 29, com participação ainda em tributos arrecadados pela União e pelos Estados.

A partir da Constituição de 1946 e com a edição das leis orgânicas, a autonomia municipal deixou de ser apenas nominal, passando a ser exercida de direito e de fato, sem a discricionária intromissão dos governos estadual e federal, além de contar com rendas próprias.

A propriedade, por seu turno, foi tratada em títulos distintos. No Título IV - "Da Declaração de Direitos" - Capítulo II. Ao contemplar os direitos e garantias individuais, trazia a seguinte previsão no parágrafo 16 do art. 141:

*§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. (Brasil, 2003f)*

Já no Título V - "Da Ordem Econômica e Social" - ficou estabelecida a limitação do uso da propriedade, o que veio estampado no art. 147: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos" (Brasil, 2003f).

Aqui, mais uma vez, aparece a influência da Constituição de Weimar, ou seja, no sentido social dos novos direitos, segundo o qual "a Sociedade e o homem-pessoa - não o homem-indivíduo - são os valores supremos" (BONAVIDES, 2002, p. 334).

A Terceira República perdurou de 1946 até a Revolução Militar de 1964, quando se iniciou a edição dos atos institucionais.

No tocante à urbanização, cabe registrar que o Brasil, até a segunda metade do século XIX, foi um grande arquipélago, "formado de subespaços que evoluíam segundo lógicas próprias, ditadas em grande parte por suas relações com o mundo exterior" (SANTOS, 1996, p. 26), quadro que:

*"é quebrado a partir da produção do café, quando o estado de São Paulo se torna o pólo dinâmico da área que abrange os Estados do sul, além de Rio de Janeiro e Minas Gerais. Trata-se, porém, de uma integração limitada (do espaço e do mercado) de que participa apenas uma parcela do território nacional. [...]*

*Este primeiro momento se estende até a década de 30, quando a industrialização permite a formação de um mercado interno e introduz uma nova lógica econômica e territorial. A partir dos anos 40, é a lógica industrial que prevalece, ativando o processo de urbanização". (LEAL, 2003, p. 24)*

O resultado da ativação do processo de urbanização fez inverter, entre os anos de 1940 e 1980, o lugar de residência da população brasileira, pois, se em 1940 "a taxa de urbanização era de 26,35%, em 1980 alcança 68,86%. Nesses quarenta anos, triplica a população total do Brasil, ao passo que a população urbana se multiplica por sete vezes e meia" (SANTOS, 1996, p. 29).<sup>4</sup>

Retomando a história constitucional, destaca-se que a Constituição do Brasil de 24 de janeiro 1967 e a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 - a "Constituição da Junta Militar" (BONAVIDES, 2002, p. 353) - mantiveram o regime federativo nos moldes anteriores, formado pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 1º). Na prática, a Constituição de 1967 sofreu forte influência da Carta política de 1937, preocupando-se essencialmente com a segurança nacional.

Nesse quadro, a autonomia municipal foi restringida. Os incisos I e II do art. 15 indicavam a manutenção da autonomia municipal na eleição dos prefeitos e vereadores para arrecadação dos tributos, aplicação das rendas e organização dos serviços públicos. Contudo, os parágrafos 1º a 4º do mesmo artigo trataram da nomeação de alguns prefeitos, remuneração e limitação do número de vereadores, além de ampliar os casos de intervenção do Estado no Município.

Ainda, nos termos do parágrafo 3º do art. 17, competia ao governador do território a nomeação dos prefeitos municipais.

No Capítulo IV - "Dos Direitos e Garantias Individuais", manteve-se a previsão contida na Constituição de 1946 quanto à propriedade:

*Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]*

*§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular,*

*assegurada ao proprietário indenização ulterior.  
(Brasil, 2003g)*

A inovação na Constituição de 1967 (art. 157, III), mantida na EC 1/69, ficou por conta do Título III - "Da Ordem Econômica e Social", mais precisamente, no inciso III do art. 157, que introduziu a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e social. Na prática, desde que se instalou o golpe de 1964, o Brasil viveu um dos períodos mais autoritários de sua história política, o que, inegavelmente, acabou se refletindo na concretização de pretensos direitos consagrados na Constituição.

Com a eleição de Tancredo Neves para a Presidência da República em 1985, inaugurou-se um novo período na história das instituições políticas brasileiras, que ele próprio denominou de a "*Nova República*, que haveria de ser democrática e social, a concretizar-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte" (SILVA, 2003, p. 88).

Em que pese à morte de Tancredo Neves antes da posse tenha comovido o Brasil, seu sucessor, José Sarney, enviou ao Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional (EC) convocando a Assembléia Nacional Constituinte, que foi aprovada como EC nº 26, promulgada em 27 de novembro de 1985. Ao serem convocados os membros da Câmara dos Deputado e do Senado Federal, convocou-se um Congresso Constituinte, resultando na Constituição de 1988, que é, em muitas

*“de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz de conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a Segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”.* (BONAVIDES, 2002, p. 336)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 trouxe importantes avanços sociais, fruto de um longo, dinâmico e conturbado processo histórico, no qual o autoritarismo foi presença constante.

O reconhecimento do Município como peça essencial - e autônoma - da organização político-administrativa brasileira foi alcançado com a Constituição de 1988. Segundo Meirelles (1998, p. 42), a carta brasileira, "corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação, como entidade de terceiro grau - na ordem decrescente da nossa Federação: União - Estados - Municípios". E essa correção veio consagrada nos artigos 1º, *caput*, e 18, *caput*:

*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.*

[...]

*Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (Brasil, 2003h)*

Assim é que o Título III, que tratou da Organização do Estado, foi dividido em capítulos, destinando-se o Capítulo II à União, o Capítulo III, aos Estados Federados e o Capítulo IV, aos Municípios (artigos 29 a 31). Além da competência privativa do Município elencada no art. 30, a Constituição confere competência comum com a União, os Estados e o Distrito Federal, o que vem consagrado no art. 23.

No aspecto financeiro, é importante ressaltar o tratamento dado pelo Título VI - "Da Tributação e do Orçamento" - , que contemplou os impostos municipais na Seção V (artigo 156) do Capítulo I - "Do Sistema Tributário Nacional". Ainda, nos artigos 158 e 159 da Seção VI - "Da Repartição das Receitas Tributárias" - , ficou estipulada a participação dos Municípios em impostos arrecadados pela União e pelos Estados.

Outras importantes transformações são o desaparecimento da nomeação de prefeitos para qualquer Município brasileiro, a outorga do poder de elaborar a lei orgânica (art. 29, *caput*), tendo sido vedada a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais (art. 31, § 4º).

Em relação ao direito de propriedade, foi definitivamente alterada a velha concepção do Direito Civil. Tratou-se de "trazer ao Direito Privado algo até então tido como sendo exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade" (SUNDFELD, 1987, p. 5). Com a Constituição de 1988 foram relativizados seu conceito e significado, estando o regime jurídico da propriedade fundamenta-

do nela própria, pois é garantido o direito de propriedade desde que atendida sua função social. É o que está expresso no art. 5º, incisos XXII e XXIII:

*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:*

*[...]*

*XXII - é garantido o direito de propriedade;*

*XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;*  
*(Brasil, 2003h)*

Não cumprida a função social, pode a propriedade ser desapropriada, como previsto nos artigos 182, § 4º, inciso III e 184.

O Título VII da Constituição, que trata da "Ordem Econômica e Financeira", no art. 170 apresenta a propriedade privada e a função social como alguns dos princípios da ordem econômica, que visam assegurar a todos existência digna, segundo os ditames da vida social:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*[...]*

*II - propriedade privada;*

*III - função social da propriedade;*

*[...] (Brasil, 2003h)*

Pode-se concluir, então, que tais princípios visam assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Portanto, a propriedade privada, além de atender à função social, fica vinculada à realização desse fim.

Além dos já citados artigos, o texto constitucional vigente foi pródigo ao tratar da propriedade, o que se pode exemplificar com os artigos 5º, XXIV (que trata da desapropriação por necessidade ou utilidade pública), 176 (que trata das jazidas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica), 177 (que trata dos monopólios da União),

182 (que trata da política urbana), 183 e 191 (que tratam do usucapião) e 186 (ao definir o cumprimento da função social pela propriedade rural), merecendo destaque especial neste estudo o parágrafo 2º do art. 182, que estabelece as exigências a serem atendidas pela propriedade urbana no cumprimento de sua função social: "§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" (Brasil, 2003h).

O plano diretor foi consagrado no parágrafo 1º do art. 182 como o instrumento básico de desenvolvimento e de expansão urbana. Assim, cabe ao Município, a partir do plano diretor, exigir o cumprimento da função social da propriedade, tido por Saule Júnior (1997, p.75) como "o princípio norteador do direito urbanístico, e o mandamento principal do regime da propriedade urbana, integrando o conteúdo desse regime".

Estabelecidos os marcos normativo-constitucionais das cidades e da propriedade, passa-se à análise do novo paradigma de desenvolvimento urbano no Brasil: a função social da cidade.

### 3 A Função Social da Cidade no Brasil

Pela primeira vez na história constitucional do Brasil, foi consagrado um capítulo à "política urbana", que, não por acaso, veio regulada no Capítulo II do já analisado Título VII - "Da Ordem Econômica e Financeira". Por si só, tal fato representou um significativo avanço, que sintoniza com a inserção do Município como ente da Federação.

De fato, coube ao Município, de forma expressa, executar a política de desenvolvimento urbano, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Nesse passo, é oportuno reproduzir o contido no caput do art. 182: "A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (Brasil, 2003h).

Isso significa que o poder público municipal, no exercício de suas atribuições, não pode se afastar das funções sociais da cidade. E quais seriam as funções sociais da cidade? Respondendo a tal indagação, Saule Jr. explica que

*"são interesses difusos, pois não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções nas cidades, os proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes, migrantes, têm como contin-*

*gência habitar e usar um mesmo espaço territorial, a relação que se estabelece entre os sujeitos é a cidade, que é um bem de vida difuso.*

[...]

*Essas funções serão desenvolvidas de forma plena quando houver a redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, promoção da justiça social e melhoria da qualidade de vida urbana, de modo que todos tenham o direito à cidade mediante acesso à moradia, transporte público, saneamento, cultura, lazer, segurança, educação, saúde". (Saule Jr., 1997, p. 61 e 76)*

Portanto, o plano diretor, previsto no parágrafo 1º do art. 182, que é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, deve buscar satisfazer às funções sociais da cidade, sob pena ser inconstitucional.

Do exposto se pode concluir que a propriedade urbana fica sujeita às funções sociais da cidade, pois, se o parágrafo 2º do art. 182 prescreve que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, e esse, como visto anteriormente, deve pautar-se pela satisfação das funções sociais da cidade, essas condicionam o exercício pleno da propriedade. Em outras palavras, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às funções sociais da cidade.

Essa posição é confortada pelos ensinamentos de Silva, ao analisar o texto constitucional:

*"A Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir função social específica; realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana, realizar, em suma, as funções sociais da cidade (CF art. 182)". (Silva, 1997, p. 67)*

Portanto, ao identificar o princípio da função social com o conteúdo do plano diretor, a Constituição de 1988 firmou a posição de que "o direito de propriedade privada de um imóvel urbano deve ser reconhe-

cido segundo as regras legais locais que definem as possibilidades de seu uso e desenvolvimento" (Fernandes, 1998, p. 219).

"Princípio", segundo a etimologia, retrata a idéia de começo, origem, base. Transportando para o campo do direito, princípio jurídico é

*"um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam". (Carrazza, 2002, p. 33)*

Com base nesse conceito, tem-se salientada a importância dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, pois orientam e condicionam a elaboração das demais normas, no sentido de que devem ser sacrificados interesses outros que colidam com um princípio constitucional.

A consagração do princípio da função social da propriedade não é fruto do acaso, mas resultado de movimentos sociais em busca da construção de uma nova ordem social e econômica. Se a propriedade é "o cerne do modelo capitalista", o estabelecimento da função social da propriedade como princípio da ordem econômica certamente representou uma mudança de paradigmas, na busca da conciliação de interesses contraditórios, numa espécie de "compromisso entre a ordem liberal e a ordem socializante, de maneira a incorporar à primeira certos ingredientes da segunda" (Sundfeld, 1987, p. 2).

Está expresso no primeiro artigo da Constituição de 1988 que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, o qual tende

*"a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir". (Silva, 2003, p. 120)*

Para compreender o que se pretende dizer com "função social da propriedade", uma primeira medida, como sugeriu Rabahie (1991), é decompor a expressão e identificar, primeiro, o significado jurídico de

"função". Função conceitua-se como sendo "o exercício, no interesse de terceiro, de um poder de que se dispõe, exclusivamente para os efeitos de cumprir o dever de atender determinada finalidade legalmente estabelecida" (Rabahie, 1991, p. 226). Tal ocorre com a atuação estatal - seja na função legislativa, executiva ou judiciária -, em que a função é exercida em cumprimento do dever de proporcionar o atendimento das necessidades da coletividade - interesse público -, e não na busca da satisfação de objetivos próprios.

Ao contrário, ao particular, em regra, é facultado um comportamento que busque a satisfação de seus desejos ou vontades. Fala-se "em regra" porque a limitação das vontades está justamente no não-ferimento de direitos da coletividade. Daí é que a situação do proprietário restou alterada com a consagração de uma função social à propriedade. Não pode mais o proprietário livremente "usar, gozar e dispor de seus bens", como previa o art. 524 do Código Civil de 1916 (Brasil, 1996) ou mesmo deixar de usar, gozar ou dispor de seus bens, mas terá a qualificada função de atingir os interesses coletivos com sua propriedade. Na medida em que o faz, sua propriedade está integralmente assegurada e garantido seu direito subjetivo de propriedade. Portanto, andou bem o Código Civil que entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003 ao dispor, no parágrafo primeiro do art. 1228, que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais [...] " (Brasil, 2003a).

Pretender fundamentar as limitações administrativas à propriedade - poder de polícia - no princípio da função social impede "a apreensão do verdadeiro conteúdo do princípio" (Sundfeld, 1987, p. 8). Portanto, é bom deixar claro que a função social não age da mesma forma que as limitações administrativas, que restringem ou condicionam o livre exercício do uso, do gozo e da disposição da propriedade e que existiam mesmo antes da consagração do princípio da função social. Este age sobre a própria estrutura da propriedade, "qualificando-a, dando-lhe uma nova natureza intimamente vinculada ao Direito Público, ao cumprimento de objetivos que extrapolam os estreitos limites dos direitos individuais" (Barreira, 1998, p. 22).

No mesmo sentido, Silva afasta a confusão, afirmando que os sistemas de limitação da propriedade "dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo" (1997, p. 65).

Duguit, citado por Sundfeld (1987, p. 5), ao justificar a proposta da propriedade-função social, argumenta que o indivíduo cumpre uma função na sociedade segundo o lugar que ocupa e a riqueza que possui. E

conclui: "A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza". Para cumprir sua função, o proprietário deve colocar em atividade a riqueza que detém, mas não na busca dos interesses próprios, com fins especulativos.

A vida - digna e justa - em comunidade impõe ao particular limites sociais aos seus direitos, que deixam de ser absolutos. Retornando ao conceito de função, pode-se afirmar que o proprietário tem o poder de usufruir de sua propriedade, mas o dever de atender aos fins sociais a que se destina.

Depreende-se dessa exposição que a função - o dever - social não é da propriedade, mas do proprietário, ou seja, de quem exerce o direito de propriedade. Assim,

*"não é o bem apropriável que tem uma função (pois a função só tem sentido e valor na medida em que for exercida) e sim o proprietário a quem incumbe, por imperativo constitucional, exercitar os poderes inerentes ao seu direito, de modo condicionado ao interesse comum". (Rabahie, 1991, p. 229)*

Para melhor entendimento da questão, pode-se exemplificar que a atuação anti-social do proprietário urbano se manifesta quando ele retira proveito da necessidade alheia para obter vultosos lucros. É o que ocorre quando o proprietário aguarda e tira partido da infraestrutura urbana que é instalada, para a qual não contribui com um centavo sequer, para só então colocar a venda seu(s) imóvel(is), gerando um círculo vicioso no qual grande parte da população, carente de moradia, é jogada para a periferia, vivendo à margem e indignamente, clamando reiteradamente por investimentos públicos básicos, como o saneamento. Como, em regra, deixa de ser atendida, agrava-se a situação, surgindo a violência, a doença, enfim, uma descrença em um mundo melhor, que acaba corroendo o poder de reação de camada significativa da população.

Por outro lado, o especulador, criativo e dinâmico, cada vez mais decifra as teias do poder e comanda o destino de vidas relegadas a um submundo. Essa é uma realidade dura ainda presente no Brasil.

A reação a esse processo está justamente em agir nas causas do problema, pois as conseqüências são conhecidas - fome, desemprego, falta de habitação digna e violência, somente para exemplificar - e têm servido muito mais para alimentar a máquina do poder através da reiterada eleição de políticos descomprometidos com as angústias de seu

povo, de promessas vazias não cumpridas, que não podem sair da ordem do dia.

Portanto, a propriedade não pode ser pensada "[...] a partir dos interesses individuais, ela deve ser pensada pelo interesse da coletividade, da sociedade" (Araujo, 2001, p.22). Esta idéia foi abordada por Ricardo Pereira Lira, na apresentação da obra Elementos de direito urbanístico, quando enfatizou que

*"Por força de tudo isso é que temos reiteradamente advogado uma reformulação do conceito de propriedade, que desenganadamente não pode ser uno e invariável seja qual for o objeto submetido ao dominus, ressaltando-se a necessidade de um completo refazimento do contorno da propriedade."*  
(Lira, 1997, p.2)

Obviamente, há utopia nessas palavras, mas a utopia que se pretende ver realizada é aquela retratada por Corrêa (2000, p. 32), como "um conjunto de idéias, representações, teorias, crenças e valores, voltados para a construção do projeto de um mundo novo, sem opressores e sem oprimidos, como esperança enquanto objetivo realizável". Essa concepção confronta-se com a ideologia que serve de instrumento para a manutenção de um certo estado de coisas, a qual pode ser definida como

*"o conjunto orgânico de idéias, representações, teorias, crenças e valores, orientado para a legitimação ou reprodução da ordem estabelecida, expressando os interesses vinculados aos grupos ou classes dominantes, através de um discurso dissimulador das contradições e antagonismos sociais, em nome de uma pretensa unidade social."*  
(Corrêa, 2000, p. 29)

A Constituição de 1988 certamente dá pistas e indica caminhos para que se atinja esse objetivo realizável. Contemplou determinados princípios, como aquele trazido no inciso III do art. 170 - função social da propriedade -, inserido no Capítulo I - dos "Princípios Gerais da Atividade Econômica", que integra o Título VII - "da Ordem Econômica e Financeira". É oportuno lembrar que a propriedade é o "instrumento básico de ordenação econômica capitalista, pois é, em parte, baseado nela, que os particulares participam na produção de desenvolvimento" (Sundfeld, 1987, p.

12). Daí a magistral importância da inserção da função social à propriedade, que define qual o papel a ser desempenhado pelo detentor da riqueza para o alcance do desenvolvimento e da justiça social.

Então, se a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, segundo os ditames da justiça social, a propriedade privada, enquanto princípio dessa ordem, somente cumpre sua função social quando atinge seu fim. Esse é um claro "não" à especulação urbana, de onde desabrocha a atuação do poder público em matéria urbanística. Assim, a utilização do solo urbano fica submetida ao plano diretor e às demais leis urbanísticas, pois a propriedade urbana está inserida num contexto muito maior que o interesse privado do proprietário.

Ao proprietário que descumpra a regra segundo a qual a propriedade urbana deve cumprir sua função social, a própria Constituição de 1988 traz as sanções: uma é a instituição do usucapião constitucional urbano, no art. 183, que decorre de uma inação do detentor do domínio; outras são as elencadas no parágrafo 4º do art. 182:

*§ 4º É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:*

*I - parcelamento ou edificação compulsórios;*

*II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;*

*III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (Brasil, 2003h)*

Atualmente, os municípios dispõem do Estatuto da Cidade (lei nº 10.257/2001), que é a lei federal que instrumentaliza a atuação prevista no dispositivo constitucional antes citado, atendendo a uma das competências da União elencadas no inciso XX do art. 22 da Constituição de 1988, qual seja, instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano. O caput do art. 2º do Estatuto da Cidade, alinhado com o princípio constitucional, estabeleceu que a política urbana tem por objetivo ordenar o

pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Aí está o paradigma da política de desenvolvimento urbano a ser implementado.

Dessa forma, se a propriedade privada e a função social da propriedade são princípios da ordem econômica, na execução da política urbana, contemplada nos artigos 182 e 183, as funções sociais da cidade condicionam todos os demais princípios.

Naturalmente, em várias situações, a atuação do poder público na busca da satisfação das funções sociais da cidade conflita com os interesses privados dos proprietários urbanos. Surge, então, a relação jurídica, que "é a expressão da composição de um conflito de interesses através do DIREITO. É um conflito intersubjetivo de interesses juridicamente regulado" (Lira, 1997, p. 311).

Tais conflitos são resolvidos pela aplicação das leis que regulam e fundamentam a intervenção no domínio privado e asseguram a função social da propriedade. Ao conjunto de tais normas jurídicas convencionou-se chamar de "direito urbanístico". Silva destaca que o direito urbanístico objetivo - conjunto de normas - é composto por todas as normas

*"que tenham por objeto disciplinar o planejamento urbano, o uso e ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial (como a execução das urbanizações, o disciplinamento dos bens urbanísticos naturais e culturais), a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanística." (Silva, 1997, p. 32)*

Esta disciplina, inicialmente dependente do direito administrativo, que se situa na fronteira interdisciplinar entre o urbanismo e o seu direito, é conceituada por Moreira Neto (1977, p.56) como sendo "o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos, sistematizados e informados por princípios apropriados, que tenha por fim a disciplina do comportamento humano relacionado aos espaços habitáveis".

Para Meirelles, o direito urbanístico é

*"ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis no seu conjunto cidade-campo. Na amplitude desse conceito incluem-se todas as áreas em que o homem exerce coleti-*

*vamente qualquer de suas quatro funções essenciais na comunidade: habitação, trabalho, circulação e recreação, excluídas somente as terras de exploração agrícola, pecuária ou extrativa, que não afetem a vida urbana.*

*[...]*

*Assim, o Direito urbanístico visa precipuamente à ordenação das cidades, mas os seus preceitos incidem também sobre as áreas rurais, no vasto campo da ecologia e da proteção ambiental, intimamente relacionadas com as condições de vida humana em todos os núcleos populacionais da cidade ou do campo. Pois é fato inconteste que a qualidade de vida dos moradores urbanos depende fundamentalmente dos recursos da Natureza, e muito em particular das terras, das águas e das florestas que circundam as grandes e pequenas cidades, assim como das atividades exercidas em seus arredores." (Meirelles, 1998, p. 391-393)*

O direito urbanístico, de ordem pública, está em processo de afirmação, como produto das transformações sociais, com o que assume a função de oferecer instrumentos jurídicos ao poder público para que esse possa ter uma atuação efetiva. Porém, apesar das íntimas conexões, não se confunde com o direito de construir e com o direito de vizinhança, que são de ordem privada.

Sundfeld (2002, 46-52) situa a "infância" do direito urbanístico entre as décadas de 30 a 70, "período em que o direito positivo acena com o princípio da função social da propriedade, os administrativistas e civilistas passam a estudar alguns aspectos jurídicos do urbanismo, surgem os Planos Nacionais de Desenvolvimento e leis de zoneamento". A partir da década de 70, as grandes cidades experimentaram um crescimento acentuado e o direito urbanístico foi conquistando sua identidade, pois "leis nacionais instituirão mecanismos urbanísticos, serão publicados os primeiros tratados sobre o novo ramo do Direito, os entes públicos se lançaram em uma crescente ação urbanística". E o grande marco dessa "adolescência" é a promulgação da Constituição de 1988 - a quem se deve a definitiva positivação "do paradigma do direito urbanístico" -, surgindo, então, o Estatuto da Cidade, "com a pretensão de pôr fim à prolongada adolescência em que ainda vive o direito urbanístico brasileiro".

Efetivamente, a nova lei nº 10.257/2001 - o Estatuto da Cidade tem status de normas gerais nacionais que vinculam todos os entes da Federação - tem o desafio de consolidar e articular, enfim, de conferir uma operação sistemática ao direito urbanístico.

Quando se fala em operação articulada dos entes federativos, é oportuno lembrar que a Constituição atual adotou um sistema complexo na busca do equilíbrio federativo, repartindo as competências, que são "as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções" (Silva, 2003, p. 477).

No tocante ao desenvolvimento urbano, o art. 21, incisos IX e XX, determinou ser da competência da União a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, bem como instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

O art. 24, inciso I, da Constituição de 1988, inserido no Título III, que trata da organização do Estado, estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito urbanístico. À União (§ 1º, art. 24) cabe estabelecer as normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal, suplementar tais normas (§ 2º do art. 24).

Apesar de o Município não estar expressamente relacionado no artigo em análise, não está excluída a competência municipal para editar leis urbanísticas, o que faz de acordo com o inciso II do art. 30: "Compete ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber" (Brasil, 2003h).

O papel primordial em matéria urbanística conferido ao Município vem, entretanto, da conjugação dos incisos I e VIII do art. 30 com o art. 182 da Constituição Federal:

*Art. 30. Compete aos Municípios:*

*I - legislar sobre assuntos de interesse local;*

*[...]*

*VIII - promover no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;*

*[...]*

*Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por obje-*

*tivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

*§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.*

*§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.*

*§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.*

*§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:*

*I - parcelamento ou edificação compulsórios;*

*II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;*

*III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (Brasil, 2003h)*

Tais dispositivos estão a indicar a relevância da função do Município na implementação de políticas públicas tendentes a cumprir as funções sociais da cidade, ou seja, promover a política urbana, respeitando as normas gerais editadas pela União, eventualmente suplementadas pelos Estados.

Apesar de a competência dos Estados parecer limitada, considerando a recepção do Município como instância federativa autônoma, o estímulo à cooperação antes referida pode ser notado na previsão constante do parágrafo 3º do art. 25 da Constituição, que confere aos Esta-

dos a faculdade de instituir, mediante lei complementar, "regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum" (Brasil, 2003h). Analisando tal disposição, constata-se que o Estado-membro só terá êxito se desenvolver uma ação integrada com os Municípios envolvidos, atuando como elemento agregador das potencialidades regionais, certamente uma das alternativas para o atingimento do sonho do desenvolvimento sustentável.

Nessa linha de raciocínio, considerando que, nos termos do art. 1º da Constituição, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, acompanha-se Silva (2003, p. 122) quando afirma que "a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social".

A competência da União, estipulada no art. 24, I, da Constituição Federal, foi traduzida num capítulo próprio sobre a política urbana, qual seja o Capítulo II do Título VII, que compreende os artigos 182 e 183 do texto constitucional. Coube, então, ao legislador federal estabelecer as diretrizes gerais da política urbana e, ao poder público municipal, a execução dessa política no âmbito de sua atuação.

A partir daí, estabelecidas as diretrizes gerais, é no âmbito local que serão editadas leis urbanísticas e executada a organização do espaço urbano, cujo fim maior, como já assinalado, será o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar dos habitantes. A lei 10.257/2001 - Estatuto da Cidade -, denominação trazida no parágrafo único do art. 1º da própria lei - regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e trata, no art. 3º, das competências urbanísticas.

Inserido no capítulo I, que apresenta as diretrizes gerais do Estatuto, o art. 3º é exemplificativo e somente aborda as competências da União, o que se deve ao fato de que ao legislador federal compete estabelecer atribuições à instância federal, apesar de a lei - editada de acordo com a competência constitucional antes mencionada - apresentar as diretrizes gerais da política urbana que vincula todos os entes federativos. Os Estados-membros poderão, dentro de sua competência, complementá-la e os Municípios, por sua vez, devem executar a política de desenvolvimento urbano, respeitando as disposições do Estatuto da Cidade.

Disciplina o art. 3º do Estatuto da Cidade:

*Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:*

*I - legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;*

*II - legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;*

*III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;*

*IV - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;*

*V- elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. (Brasil, 2002)*

O inciso I trata de repetição do contido no art. 24, I da Constituição Federal, que aborda a competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico. O inciso II repete o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal; o inciso III reproduz o inciso IX do art. 23 da Constituição Federal; o inciso IV reproduz o inciso XX do art. 21 da Constituição Federal e o inciso V copia o inciso IX do art. 21 da Constituição Federal.

Dessa forma, fica evidente que o mencionado artigo não esgota as competências da União em matéria urbanística. Certamente, por questão de técnica legislativa, houve a reprodução de alguns dispositivos da Constituição Federal para marcar pontos julgados relevantes e imediatos.

## **4 Considerações Finais**

Sem desconhecer que se vive num mundo globalizado e na era da informação, é preciso aproveitar, de forma criativa e respeitando os princípios constitucionais, as oportunidades presentes num Estado Democrático de Direito. Se é certo que o Brasil ainda guarda marcas evidentes de sua origem colonial, imperialista e coronelística, que acaba interfe-

rindo na formação da consciência coletiva, há novos paradigmas que tendem a transformar a sociedade, como é o caso da propriedade e das cidades, que passaram a ser reconhecidas por sua função social, abrindo-se oportunidades evidentes de transformação da brutal realidade de desigualdade social.

Nesse cenário, o direito urbanístico assumiu um papel preponderante para assegurar as funções sociais da cidade, pois fornece os instrumentos jurídicos que possibilitam a atuação do poder público e, mesmo, da comunidade organizada, com destaque ao Estatuto da Cidade, que trouxe avanços significativos, pois se passou a contar com uma legislação que vê e procura agir num país urbano, dotando os administradores públicos de ferramentas não disponíveis no Código Civil elaborado em 1916, período em que, além de predominar uma visão privatista da propriedade, havia uma realidade rural.

O uso do solo urbano, onde se concentra a maior parte da população brasileira, é cenário de uma disputa constante e a propriedade urbana é objeto de especulação, havendo desprezo às funções sociais da cidade. É significativo anotar que os municípios, apesar da autonomia e da obrigação constitucional de executarem a política de desenvolvimento urbano, continuam engatinhando no que se refere ao controle efetivo do uso e ocupação do espaço urbano. Portanto, a atuação efetiva no âmbito municipal é urgente, a fim de se superar um modelo que se afasta da justiça social.

## Notas

- 1 Texto integrante do segundo capítulo da dissertação *Dimensões Urbanísticas e Político-Jurídicas do Direito à Moradia no Brasil*, defendida em 23-06-2003, na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, e adaptado para esta publicação.
- 2 A ortografia foi modernizada.
- 3 A ortografia foi modernizada.
- 4 O autor apresenta quadro comparativo da população brasileira, indicando que, em 1940, a população total era de 41.326.000 e a população urbana, de 10.891.000. Já, em 1980, a população urbana atingia 82.013.000 para uma população total de 119.099.000. O mesmo quadro indica, ainda, os seguintes índices de urbanização: 1950 - 36,16 %, 1960 - 45,52%, 1970 - 56,80% e 1991 - 77,13%.

## Referências

- ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. A função social da propriedade Agrária. In: ***Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos***. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001. p. 11-34.
- BARREIRA, Maurício Balesdent. Direito urbanístico e o município. In: FERNANDES; Edésio (Org.). ***Direito urbanístico***. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 15-32.
- BONAVIDES, Paulo. ***Curso de direito constitucional***. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRASIL. Código Civil. Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRASIL. Estatuto da Cidade. Lei n. 10257, de 10 de julho de 2001. In: DALLARI, Adilson.; FERRAZ, Sérgio (Org.) ***Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)***. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 416-431.
- BRASIL. Código Civil. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2003a.
- BRASIL. Constituição (1824). ***Constituição Política do Império do Brasil***. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2003b.
- BRASIL. Constituição (1891). ***Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil***. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Consti-tuicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Consti-tuicao91.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2003c.
- BRASIL. Constituição (1934). ***Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil***. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Consti-tuicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Consti-tuicao34.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2003d.
- BRASIL. Constituição (1937). ***Constituição dos Estados Unidos do Brasil***. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2003e.
- BRASIL. Constituição (1946). ***Constituição dos Estados Unidos do Brasil***. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2003f.
- BRASIL. Constituição (1967). ***Constituição da República Federativa do Brasil***. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui-cao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui-cao67.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2003g.
- BRASIL. Constituição (1988). ***Constituição da República Federativa do Brasil***. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui-cao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui-cao.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2003h.
- CARRAZZA, Roque Antonio. ***Curso de direito constitucional tributário***. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CORRÊA, Darcísio. ***A construção da cidadania: reflexões histórico políticas***. Ijuí: Ed. Unijuí, 2000.
- FERNANDES, Edésio. Direito e urbanização no Brasil. In: \_\_\_\_\_. ***Direito urbanístico***. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 203-232.
- LEAL, Rogério Gesta. ***A função social da propriedade e da cidade no Brasil***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- \_\_\_\_\_. ***Direito urbanístico: condições e possibilidades de constituição do espaço urbano***. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LIRA, Ricardo Pereira. ***Elementos de direito urbanístico***. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 10. ed. Atual. por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução do direito ecológico e ao direito urbanístico**: instrumentos jurídicos para um futuro melhor. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MUKAI, Toshio. **Direito e legislação urbanística no Brasil**: história, teoria, prática. São Paulo: Saraiva, 1988.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Temas de direito urbanístico - 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 213-258.

REIS FILHO, Nestor Goulart. **Contribuição ao estudo da evolução urbana no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1968.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Hucitec, 1996.

SAULE Jr., Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro**. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Temas de direito urbanístico - 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 1-22.

\_\_\_\_\_. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.





**PARTE 2**

**JURISPRUDÊNCIA**



# Supremo Tribunal Federal

## FGTS - Expurgos Inflacionários - Correção das contas vinculadas - Desconsideração do termo de adesão firmado pelo trabalhador - Lei Complementar n.º 110/01 - Ato jurídico perfeito

### EMENTA OFICIAL

Recurso Extraordinário. Constitucional. Correção das Contas Vinculadas do FGTS. Desconsideração do acordo firmado pelo trabalhador. Vício de procedimento. Acesso ao Colegiado.

1. Superação da preliminar de vício procedimental ante a peculiaridade do caso: matéria de fundo que se reproduz em incontáveis feitos idênticos e que na origem (Turmas Recursais dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro) já se encontra sumulada.

2. Inconstitucionalidade do Enunciado nº 21 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que preconiza a desconsideração de acordo firmado pelo trabalhador e previsto na Lei Complementar nº 110/2001. Caracterização de afastamento, de ofício, de ato jurídico perfeito e acabado. Ofensa ao princípio inscrito no art. 5º, XXXVI, do Texto Constitucional.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

RE 418.918/RJ - Tribunal Pleno - STF - j. 30.03.2005 - Rel. Min. Ellen Gracie - DJU 01.07.2005

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, preliminarmente, nos termos do voto da relatora, conhecer do recurso para efeitos diversos, sem anular, porém, a decisão. No mérito, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 30 de março de 2005 - ELLEN GRACIE - Presidente (art. 37, I do RISTF) e Relatora.

### RELATÓRIO

*A Senhora Ministra Ellen Gracie:*  
Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão de Juiz da 1ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que confirmou o desprovimento do recurso inominado apresentado pela Caixa Econômica Federal, proferido nos seguintes termos:

"Trata-se de Recurso de sentença proferida em Juizado Especial Federal do Estado do Rio de Janeiro

ro que condenou a parte recorrente a pagar à parte recorrida os valores referentes às diferenças decorrentes da aplicação dos índices expurgados das contas vinculadas de FGTS (42,72% em janeiro de 1989 e 44,80% em abril de 1990), além dos acréscimos apurados até a data do efetivo pagamento".

A Recorrente sustenta que a parte Recorrida firmou acordo com a CEF, aperfeiçoado através da assinatura do Termo de Adesão. Na medida em que a expressão 'acordo' reflete a idéia de concessões recíprocas, em que há vantagens para todas as partes envolvidas, é de se concluir que o trabalhador acreditava que o 'Termo de Adesão' descrito na Lei Complementar 110 lhe seria benéfico, sobretudo levando-se em conta a propaganda veiculada nos meios de comunicação sobre o assunto.

Portanto, é fácil perceber que a intenção do trabalhador ao manifestar a vontade através da celebração da transação não correspondia às reais consequências advindas do ato. Na verdade, provavelmente a renúncia a direitos ocorrida com a assinatura do mencionado acordo tinha como único objetivo evitar a longa espera pela solução do processo judicial, pela via ordinária. Todavia, os resultados atingidos pelos Juizados Especiais Federais representam fato novo e imprevisível ao cidadão comum, o que influenciou no equilíbrio do ajuste, tornando injustificada a onerosidade imposta a uma das partes.

Por outro lado, a natureza jurídica da conta de FGTS é de depósito bancário de natureza especial. O trabalhador é correntista e a CEF, banco depositário do referido fundo.

Tendo em vista que os estabelecimentos bancários, na qualidade de prestadores de serviços, vinculam-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, é de concluir-se que as cláusulas expressas no Termo de Adesão, em prejuízo do trabalhador, são nulas, uma vez que traduzem renúncia a direitos sem que haja compensação que valide a onerosidade suportada.

*Some-se a isto o fato de as restrições decorrentes, tais como o deságio, a renúncia e a supressão dos juros remuneratórios não estarem ressalvadas de forma compreensível ao trabalhador comum, ensejando também a nulidade do instrumento.*

*Concluindo, entendo que a assinatura do Termo de Adesão não impede o recebimento de valores não pagos na esfera administrativa. Portanto, a parte recorrida faz jus às diferenças requeridas, conforme conclusão na r. sentença, nos moldes contidos na Súmula nº 252, do STJ, verbis: 'os saldos das contas do FGTS, pela legislação infra-constitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990, e 7,00% (TR), para fevereiro*

de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS)'

Nesse sentido dispõe o Enunciado nº 21 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais:

'O trabalhador faz jus ao crédito integral, sem parcelamento, e ao levantamento, nos casos previstos em lei, das verbas relativas aos expurgos de índices inflacionários de janeiro de 1989 (42,72%) e abril de 1990 (44,80%) sobre os saldos das contas de FGTS, ainda que tenha aderido ao acordo previsto na Lei Complementar nº 110/2001, deduzidas as parcelas porventura já recebidas.'

Assim sendo, correta a r. sentença que condenou a CEF ao pagamento referente às diferenças decorrentes da aplicação dos índices expurgados das contas vinculadas de FGTS (42,72% em janeiro de 1989 e 44,80% em abril de 1990).

Em atendimento ao Enunciado n. 1, das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, aplico à recorrente a multa prevista no art. 17, VII, do CPC, por interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório, que fixo em 1% sobre o valor da causa (R\$ 22,69), mais os honorários advocatícios de 10%, também incidente sobre o valor da causa (R\$ 226,98).

*Em face do exposto, NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, nos termos do art. 557, caput, do CPC, do art. 3º, inciso VIII, do Provimento nº 8/2002, da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais, com fulcro no Enunciado nº 21 das Tur-*

*mas Recursais, para manter integralmente a r. sentença, condenando o recorrente ao pagamento de multa no valor de R\$ 249,67 (duzentos e quarenta e nove reais e sessenta e sete centavos) com base no Enunciado nº 1 das Turmas Recursais."*

Contra essa decisão a empresa pública ora recorrente apresentou agravo, no qual reiterou a insurgência contra a desconsideração judicial do acordo previsto na Lei Complementar nº 110/2001, firmado com o autor, e questionou a constitucionalidade de procedimento que, sob o seu ponto de vista, importa a negativa de acesso ao colegiado das Turmas Recursais (art. 98, I).

O agravo foi conhecido como embargos declaratórios, mas desprovido, por aplicação do Enunciado nº 26 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que reza: "*Decisão monocrática proferida pelo relator não desafia recurso à Turma Recursal*".

Daí a interposição do presente recurso extraordinário, alicerçado na alínea "a" do art. 102 da Constituição, por meio do qual a Caixa Econômica Federal sustenta a ocorrência de violação aos princípios constitucionais do ato jurídico perfeito - decorrente da desconsideração do acordo judicial ao qual aderiu o recorrido -, do devido processo legal, bem como da regra constitucional que disciplina a competência das Turmas Recursais.

Sustenta a recorrente, fundamentalmente, que o afastamento

do ajuste entre as partes, levado a efeito pelo acórdão recorrido, contraria a cláusula constitucional de proteção ao ato jurídico perfeito. Assevera que o autor jamais questionou a legalidade do acordo, ou suscitou a sua nulidade, razão pela qual não poderia o órgão julgador fazê-lo de ofício. No que concerne ao alegado vício procedimental, apóia seu recurso extraordinário na impossibilidade de subtrair-se a questão controvertida da apreciação do colegiado, promovendo-se uma sucessão de decisões monocráticas.

O recurso foi admitido na origem.

Em parecer da lavra do Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

Posteriormente, ajuizou a Caixa Econômica Federal a Ação Cautelar nº 272, em que pretendia o sobrestamento, na origem, de todos os processos versando a mesma matéria. Concedi a liminar pleiteada, em decisão posteriormente referendada por este Colegiado.

É o relatório.

## VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (relatora):

1 - Senhor Presidente, já na oportunidade da apreciação do feito cautelar de que resultou o sobrestamento dos demais processos na origem<sup>1</sup>, aludi à conveniência de superarmos a questão refe-

rente ao alegado vício de procedimento (correspondente à aplicação do Enunciado nº 26 das Turmas Recursais Federais<sup>2</sup>), tendo em vista não apenas a relevância jurídica da questão de fundo - também controvertida - mas ainda a informação prestada pela Presidente das Turmas Recursais dos Juizados Especiais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, a qual atestou que, desde janeiro de 2004, os julgamentos dos Relatores em questões sumuladas vêm sendo submetidos ao referendo do colegiado (f. 200 do feito cautelar).

Com essa providência, estaria sanado, a partir de janeiro/2004, defeito processual já reconhecido por este Supremo Tribunal, porque consistente na sucessão de decisões monocráticas sem oportunidade de acesso à Turma Recursal (aponto precedentes monocráticos específicos: RE 427.076, Min. Carlos Britto, DJ de 29/09/2004; RE 427.528, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14/06/2004). Não, porém, no presente feito, que encerra uma seqüência de julgamentos monocráticos efetivamente excluídos à apreciação da Turma Recursal (negativa de seguimento ao recurso inominado, f. 100; agravo regimental recebido como embargos declaratórios rejeitados, f. 120 ).

Anoto, nesse ponto, que a persistência da Caixa Econômica Federal na insurgência contra o procedimento adotado e contra a desconsideração do acordo foi repelida pelo Julgador recorrido

mediante a aplicação de multa por litigância procrastinatória (f. 100), o que não se coaduna com a garantia do exercício regular do direito de defesa - que neste caso nem sequer é próprio, já que a CEF é apenas gestora dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

2 - Além da problemática procedimental, persiste a invocação ao Enunciado nº 21<sup>3</sup>, que preconiza a desconsideração do acordo da Lei Complementar nº 110/2001, o que, por si só, já dá ensejo à irrisignação extraordinária.

Constato também que muitas são as demandas idênticas à presente a merecerem o crivo desta Corte, tendo em vista a existência - devidamente comprovada pela recorrente - de uma deliberada instigação ao trabalhador que aderiu ao acordo, para que ingresse em juízo e busque a sua desconstituição.

A empresa pública recorrente faz juntar formulário de petição inicial constante, até o presente momento, da página da internet dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro<sup>4</sup>. Ali são elencadas as razões que levariam ao afastamento do acordo firmado, com a conseqüente procedência da ação (f. 202).

Por isso, conquanto entenda presente a inconstitucionalidade articulada na petição de recurso extraordinário quanto ao processamento dos recursos na origem, o que já seria suficiente, analiso também a matéria de mérito discutida nestes autos.

3 - Verifico do exame do caso concreto que o trabalhador ingressou em juízo pleiteando a integridade dos índices expurgados das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tal como reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. A inicial não aludiu à formalização de acordo nem questionou a legitimidade da avença, tendo-se limitado, quando muito, a comparar os índices da lei com aqueles proclamados pela jurisprudência. Transcrevo, a título de ilustração, o único ponto da inicial no qual se faz alguma alusão ao acordo instituído pela Lei Complementar nº 110/2001. Confira-se:

*"É importante frisar que a Lei Complementar nº 110, de 19 de junho de 2001, em seu parágrafo 4º, autoriza em caso de adesão (adesão esta facultativa a cada trabalhador), creditar nas contas vinculadas do FGTS dos mesmos, somente o percentual de 16,64% equivalente ao período, como diz a lei, de 01/12/88 a 28/02/89 e o percentual de 44,80% equivalente ao mês de abril/90. Sendo que o primeiro percentual é divergente de vários julgados, como vejamos (...)" os saldos das contas de FGTS, ainda que tenha aderido ao acordo previsto na Lei Complementar n. 110/2001, deduzidas as parcelas porventura já recebidas."*

Não obstante haja silenciado quanto à adesão ao acordo do FGTS, o trabalhador trouxe ao processo documento comprobatório do pacto (fl. 48), o que ensejou pro-

vocação da Caixa Econômica Federal ao Juízo de primeiro grau, no sentido da necessidade de observância do ajuste, com a conseqüente improcedência do pleito. O Julgador, no entanto, afastou expressamente o acordo firmado pelo trabalhador, por considerar que o desconhecimento do montante a ser recebido importava em vício na formação da vontade, impedindo ao pactuante avaliar devidamente as cláusulas do ajuste.

Essa decisão foi corroborada pelo Juiz da 1ª Turma Recursal, que negou seguimento ao recurso inominado da CEF e manteve o afastamento do acordo firmado pelo trabalhador, com fundamento no Enunciado nº 21 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Foram alinhados os seguintes argumentos:

1º) o trabalhador, influenciado pelos meios de comunicação, imaginou que seria beneficiado com o ajuste previsto na Lei Complementar nº 110/2001, e por essa razão aderiu ao pacto, na intenção de evitar um longo trâmite judicial. Não detinha conhecimento, todavia, acerca dos resultados da atuação dos Juizados Especiais Federais. A rapidez dessa nova via representou fato novo e imprevisto pelo cidadão pactuante, e que impôs desequilíbrio ao ajuste firmado entre as partes;

2º) as cláusulas constantes do Termo de Adesão são nulas, por traduzirem renúncia a direitos sem uma razoável compensação, sendo certo

que os termos do acordo são amplamente desfavoráveis ao correntista. Além disso, o trabalhador comum não foi devidamente esclarecido quanto ao sentido de expressões como deságio, renúncia e supressão dos juros remune-ratórios.

Por ocasião das informações prestadas na medida cautelar incidente a este recurso extraordinário, tais considerações foram reiteradas e reafirmadas pela Juíza Presidente da 1ª Turma Recursal como razões de decidir conducentes à edição do Enunciado. Nessa oportunidade, a Julgadora recusou natureza constitucional à controvérsia posta no RE, e sustentou que não houve afastamento de ato jurídico perfeito, mas tão-somente a desqualificação do acordo como tal.

Tal jogo de palavras não convence. De fato, como já anunciei no julgamento do referendo à medida liminar concedida à Caixa Econômica Federal, parece-me clara e direta a violação à cláusula constitucional de proteção ao ato jurídico perfeito.

O teor da decisão recorrida representa o afastamento, de ofício, de um ato jurídico acabado, formalizado e cuja legitimidade não foi questionada sequer pelo pactuante, mediante a aplicação da teoria da imprevisão e ao argumento da ocorrência de vício de consentimento.

4 - No que concerne à existência de vício de consentimento, consistente no desconhecimento do trabalhador comum quanto às cláusulas do ajuste, reputo incabível a sua

proclamação em abstrato, como se fez com a adoção do Enunciado nº 21, uma vez que a perquirição acerca de vício em algum dos elementos formadores da vontade do agente haverá de ser demonstrada caso a caso, acordo a acordo, por demandar avaliação do elemento subjetivo do pactuante no momento da avença, consideradas as circunstâncias específicas e indissociáveis da personalidade de cada um. Se, por outro lado, não ocorre essa aferição no caso concreto, e o que se examina são os termos do acordo - termos esses previstos em legislação complementar federal - o que está em causa, verdadeiramente, não é a vontade eventualmente viciada do agente, mas a constitucionalidade da regra instituidora do ajuste. O que o Juizado Especial Federal fez, ao meu vez, foi afastar do mundo jurídico as normas constantes da LC nº 110/2001, ainda que sem expressamente declarar-lhe a inconstitucionalidade.

Além disso, recorro que nos termos do Código Civil atual, como naquele em vigor por ocasião do ajuste, o reconhecimento de vício de consentimento conduz à anulação do ato jurídico - não à sua nulidade - e não pode ser pronunciado de ofício (art. 177).

5 - Tampouco vislumbro cabimento na desconstituição do acordo por um eventual desrespeito a normas constantes do Código de Defesa do Consumidor. Esta Corte já deixou asentado o entendimento de que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não tem natureza contratual,

mas estatutária (RE 226.855, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, por maioria, DJ de 13/10/2000). Assim, decorre de lei, e pela lei é disciplinado, não havendo falar-se em relação de consumo a ser regulada, mesmo que sob o enfoque da garantia inscrita no art. 5º, XXXII, ou dos princípios regeadores da atividade econômica (art. 170, IV, da Constituição Federal).

6 - Observe que, na esteira do acórdão desta Corte que determinou a correção das contas vinculadas (RE 226.855, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, maioria, DJ de 30/10/2000), sobreveio a Lei Complementar 110/2001, que veiculou fórmula destinada a carrear os recursos necessários a custear o pagamento, a todos os correntistas, dos índices expurgados reconhecidos por este Supremo Tribunal Federal.

Não é demais recordar que à época do encaminhamento do Projeto de Lei Complementar, o passivo referente a tais correções montava a R\$ 42 bilhões ou quase 4% do PIB nacional. Para que o repasse de tal montante ao FGTS fosse assumido exclusivamente pelo Tesouro Nacional, fazia-se necessária a adoção de uma de duas soluções: (a) ou, o aumento da dívida pública no valor correspondente, o que acarretaria os efeitos colaterais de aumento da taxa de juros e conseqüente prejuízo à retomada do crescimento econômico, com menor geração de empregos e aumento da taxa de desemprego; (b) ou, o aumento da emissão da moeda, com inevitáveis reflexos sobre a taxa de inflação.

A adoção de qualquer uma dessas duas soluções resultaria, necessariamente, por sua incidência sobre o total da população, em per-versa transferência de renda dos trabalhadores informais (e, portanto, sem FGTS) para os trabalhadores com carteira assinada (que além de terem assegurados os direitos do contrato de trabalho e garantias previdenciárias, inclusive FGTS, também, na média, são melhor remunerados que os primeiros).

Por isso mesmo, promoveu o governo processo de negociação de que participaram as centrais sindicais e as confederações patronais participantes do Conselho Curador do FGTS. Desses entendimentos, surgiu a fórmula que agregou diversas medidas tendentes a garantir o aporte de recursos, sem comprometer os fundamentos da economia. Consistiram elas (1) na criação de uma contribuição social devida nos casos de despedida sem justa causa, correspondente a 10% dos depósitos referentes ao Fundo; (2) na criação de contribuição social de 0,5% sobre a folha de salários das empresas não participantes do SIMPLES; (3) no aporte de R\$ 6 bilhões pelo Tesouro Nacional; e (4) no deságio de 10% a 15% a ser concedido pelos trabalhadores cujos complementos de atualização monetária superassem o valor de R\$ 1.000,00, para efeito de seu creditamento imediato, mediante a assinatura de um termo de adesão.

7 - É necessário frisar que em nenhum momento a Lei Comple-

mentar autorizou o levantamento imediato dos valores devidos, que se incorporam ao saldo das contas individuais as quais, como se sabe, só podem ser movimentadas em hipóteses restritas (aposentadoria, aquisição de casa própria...).

Dividiram-se os trabalhadores, então, em duas categorias: os que não aderiram ao acordo e buscaram a via judicial, e os que formalizaram a adesão - com os ônus próprios a um acordo. A nenhum deles foi assegurada a imediata correção dos saldos das contas vinculadas.

Pois é exatamente isso o que vem sendo autorizado pelos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. De fato, a desconsideração do acordo firmado entre o correntista e a CEF resulta na aplicação imediata dos índices corrigidos (42,72% para janeiro/89 e 44,08% para abril/90), sem o deságio promovido para os aderentes e sem a observância do cronograma de pagamento fixado na Lei Complementar.

Ao assim deliberar, o Julgador recorrido anulou adesões anteriormente firmadas e desconstituiu transação instituída por Lei Complementar que objetivava ensejar uma composição que pusesse fim a pendência judicial que já perdurava por mais de dez anos, e que sobrecarregava demasiadamente o Poder Judiciário. Transcrevo, neste ponto, pertinente observação da recorrente (f. 114): "Curiosamente, o próprio Poder Judiciário, a quem

a Lei Complementar pretendeu desafogar, inviabiliza a solução pacífica dos litígios, ao anular os termos de adesão firmados exatamente com o intuito de aliviar a carga de demandas em litígio nos Tribunais e, com isso, estimula a propositura de mais e mais ações, a cada dia que passa, o que só atrasa ainda mais a entrega da prestação jurisdicional".

Em conclusão, considero evidenciada, a natureza constitucional da presente discussão, não obstante a tentativa de enquadramento da solução como decorrente de vício na vontade do trabalhador aderente.

O afastamento geral dos acordos firmados com base na Lei Complementar nº 110/2001 traria como consequência o total esvaziamento dos preceitos encerrados nos arts. 4º, 5º e 6º desse diploma, que disciplinam os termos e condições do ajuste. Assim, sob esse prisma, a atuação do Julgador recorrido importou o afastamento de regra legal, o que equivale a uma declaração de inconstitucionalidade, a teor do que consagram diversos precedentes deste Tribunal (RE 179.170, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ de 30/10/98; e RE 240.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 21/05/99).

8 - Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe integral provimento.

É como voto.

## DECISÃO

O Tribunal, preliminarmente, nos termos do voto da relatora, conheceu do recurso para efeitos diversos, sem anular, porém, a decisão, vencidos, no ponto, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Marco Aurélio, que entendiam que o agravo deveria ser processado e julgado na origem. No mérito, o Tribunal, por maioria, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da relatora, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Falaram, pela recorrente, o Dr. Davi Duarte e, pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado-Geral da União. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 30.03.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República,  
Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu  
Secretário

## Notas

- 1 AC 272, liminar referendada pelo Plenário em 06/10/2004, por maioria.
- 2 Enunciado nº 26: "Decisão monocrática proferida pelo Relator não desafia recurso à Turma Recursal".
- 3 Enunciado nº 21: "O trabalhador faz jus ao crédito integral, sem parcelamento, e

ao levantamento, nos casos previstos em lei, das verbas relativas aos expurgos de índices inflacionários de janeiro de 1989 (42,72%) e abril de 1990 (44,80%) sobre os saldos das contas de FGTS, ainda que tenha aderido ao acordo previsto na Lei Complementar n. 110/2001, deduzidas as parcelas porventura já recebidas."

# Tribunal Superior do Trabalho

## Auxílio Cesta-Alimentação - Aposentados e Pensionistas

### EMENTA OFICIAL

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A Turma, mediante a decisão recorrida, apresentou solução judicial para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da embargante, configurando-se efetiva prestação jurisdicional.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. "AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO". NORMA COLETIVA. APOSENTADOS E PENSIONISTA. O direito dos aposentados e dos pensionistas ao auxílio-alimentação, observados os mesmos critérios para o pagamento do pessoal em atividade, decorre de norma interna da reclamada e de construção jurisprudencial que se cristalizou com a edição da Orientação Jurisprudencial 250 da SBDI-1, não estando esse direito previsto em norma legal. Não se trata aqui de normas imperativas e cogentes, inderrogáveis, assim, pela vontade das partes, tais como as normas relativas à segurança e higiene do trabalho. Dessa forma, não consta, do rol dos direitos trabalhistas irrenunciáveis e indisponíveis.

A norma que criou o novo benefício denominado auxílio cesta-alimentação destinado apenas aos empregados da reclamada é oriunda de negociação coletiva, que é

uma forma de ajuste de interesses, do qual participou a CONTEC - Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito, a quem cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, inc. III, da Constituição da República c/c arts. 534 e 535 da CLT). Entidade essa que também representa os aposentados e os pensionistas. Portanto, se as partes decidiram estabelecer o pagamento do auxílio cesta-alimentação apenas para os empregados da ativa, não é possível estender esse benefício aos aposentados e aos pensionistas, sob pena de incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Os Embargos de Declaração opostos pela reclamada não tinham natureza protelatória, razão por que a aplicação da multa importou em violação ao art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Recurso de Embargos de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento.

TST-E-ED-RR-397/2003-007-04-00.3 - SBDI-1 - j. 06.06.2005 - Rel. Min. João Batista Brito Pereira - DJU 17.06.2005

## RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-397/2003-007-04-00.3, em que é Embargante CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e Embargados LAÍS LEGG DA SILVEIRA RODRIGUES E OUTROS.

A Segunda Turma, mediante o acórdão de fls. 335/339, negou provimento ao Recurso de Revista em relação ao tema alusivo ao auxílio cesta-alimentação.

Embargos de Declaração rejeitados com aplicação de multa de 1% (fls. 349/351).

Irresignada, a reclamada interpõe Recurso de Embargos (fls. 354/362), em que suscita preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional e busca reformar a decisão da Turma. Aponta ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República e contrariedade a Súmula.

Foi oferecida impugnação (fls. 366/378).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

## VOTO

Recurso tempestivo (fls. 352 e 354), preparo efetuado (fls. 224 e 363) e representação processual regular (fls. 363).

### 1.CONHECIMENTO

1.1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Suscita a reclamada preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que, não obstante a oposição dos Embargos de Declaração, a Turma permaneceu silente sobre os aspectos questionados, quais sejam a violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República e a contradição apontada. Indica violação aos arts. 93, inc. IX, 5º, inc. XXXV, e 832 da CLT.

Infere-se que a Turma, no acórdão de fls. 335/339, embora não tenha mencionado expressamente o art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República expendeu fundamentação em relação à matéria, sublinhando que o benefício previsto na norma coletiva tinha por escopo mascarar o reajuste do auxílio-alimentação conferido aos empregados da ativa, a fim de que não fosse repassado aos aposentados e aos pensionistas (fls. 350).

Quanto à contradição, ressalte-se que esta somente autoriza o acoplamento dos Embargos de Declaração quando se verifica entre partes da sentença, ou seja, fundamentação e dispositivo, o que, na espécie, não restou demonstrada.

Assim, a Turma, mediante a decisão recorrida, apresentou solução judicial para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da embargante, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo falar, portanto, em violação aos dispositivos indicados.

Ressalte-se, por oportuno, ser absolutamente imprópria a indica-

ção de afronta ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República, a teor do que assenta a Orientação Jurisprudencial 115 da SBDI-1.

NÃO CONHEÇO.

1.2. "AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO". NORMA COLETIVA. APOSENTADOS E

PENSIONISTA

Os fundamentos expendidos pela Turma para negar provimento ao Recurso de Revista quanto ao tema estão sintetizados na seguinte ementa:

"RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. A intenção da CEF, ao instituir, no acordo coletivo de trabalho de 2002/2003, o benefício denominado cesta-alimentação, foi a de mascarar um reajuste do auxílio-alimentação para os empregados da ativa e não repassá-lo aos aposentados e pensionistas, aos quais era devido o pagamento do auxílio-alimentação, por força de decisão judicial. Tendo em vista a tentativa da reclamada, de burlar decisão judicial, deve a cesta-alimentação ser paga também aos aposentados e pensionistas, com amparo no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso conhecido e desprovido." (fls. 335)

A Turma consignou ainda:

"De acordo com o consignado no acórdão regional, a prova dos autos é no sentido de que a reclamada tem, por obrigação integrante dos contratos de trabalho, de pagar aos aposentados e pensionistas a parcela denominada auxílio-

alimentação, observados os mesmos critérios para pagamento ao pessoal em atividade. O pagamento do referido auxílio-alimentação foi suprimido em janeiro de 1995, mas restabelecido por força de decisão judicial. Os pagamentos vinham observando os reajustes devidos. Contudo, no acordo coletivo de setembro de 2002, foi mantido o valor do auxílio refeição/alimentação em R\$ 242,00 (duzentos e quarenta e dois reais), sob a forma de 22 tíquetes, no valor unitário de R\$ 11,00 (onze reais), igual

ao ajustado na data base anterior (setembro/2001), e ajustou-se que a reclamada passaria a conceder, em caráter indenizatório, uma verba denominada "auxílio cesta-alimentação", exclusivamente aos empregados em atividade, no valor mensal de R\$ 50,00 (cinquenta reais), sob forma de 05 tíquetes, no valor unitário de R\$ 10,00 (dez reais), a ser pago juntamente com o benefício auxílio refeição/alimentação (cláusulas 5ª e 6ª, fls. 94/95).

Também da prova dos autos, consignado no acórdão regional, temos que a nomenclatura, a natureza e a forma de pagamento dos benefícios são praticamente idênticas, diferenciando-se, como a própria reclamada assevera, em seu recurso de revista, pelo fato de que a cesta-alimentação é um benefício criado pelo acordo coletivo de trabalho 2002/2003, destinado exclusivamente aos seus empregados da ativa, que visa à alimentação familiar, somente podendo ser usa-

do em supermercados, enquanto o auxílio-alimentação, pago também aos aposentados e pensionistas, destina-se à alimentação diária do empregado, podendo ser usado em restaurantes e estabelecimentos conveniados. Ora, a diferença nos locais onde pode ser utilizado o benefício, bem como a forma de pagamento ao empregado, não são suficientes para descaracterizar a intenção da reclamada de mascarar um reajuste do auxílio-alimentação para os empregados da ativa e não repassá-lo aos aposentados e pensionistas, inclusive porque foi definido, no acordo coletivo, que a cesta-alimentação deve ser paga juntamente com o auxílio-alimentação, e já ter havido, anteriormente, uma tentativa de não pagamento da cesta-alimentação aos aposentados e pensionistas, frustrada por uma decisão judicial. Assim, tendo em vista a tentativa da reclamada, de burlar decisão judicial, deve ser a cesta-alimentação paga também aos aposentados e pensionistas, com amparo no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Registre-se que não se trata de anular cláusula de acordo coletivo, mas de estendê-la aos inativos e pensionistas, para evitar a burla de decisão judicial.

Nego provimento." (fls. 339)

A reclamada argumenta que a concessão da cesta-alimentação decorreu da negociação coletiva entabulada entre a Caixa Econômica Federal e a CONTEC.

Aduz que se trata de um benefício novo destinado aos emprega-

dos da reclamada que não se estende aos ex-empregados em face de cláusula expressa. Insiste no argumento de que não se trata de benefício concedido ou "imposto", mas de uma negociação que teve a participação da entidade representativa dos empregados. Por fim, argumenta que a parcela em questão não se confunde com o auxílio-alimentação (pago também aos aposentados e pensionistas). Indica violação aos arts. 5º, inc. II, e 7º, inc. XXVI, da Constituição da República e 9º da CLT.

É certo que esta Corte tem entendido que a determinação de supressão do pagamento de auxílio-alimentação aos aposentados e aos pensionistas da Caixa Econômica Federal, oriunda do Ministério da Fazenda, não atinge aqueles ex-empregados que já percebiam o benefício por força de norma interna instituída pela empresa em 1975, que se incorporou ao contrato de trabalho de empregados (Orientação Jurisprudencial Transitória 51 da SBDI-1). Nessa esteira de entendimento, a Turma e o Tribunal Regional entenderam que é nula a norma coletiva que não reajustou o auxílio-alimentação pago aos empregados, aos aposentados e aos pensionistas da reclamada e criou um novo benefício denominado de "auxílio cesta-alimentação" destinado apenas aos empregados. A Turma entendeu que a intenção da Caixa Econômica foi a de "mascarar um reajuste do auxílio-alimentação para os emprega-

dos da ativa e não repassá-lo aos aposentados e pensionistas, aos quais era devido o pagamento do auxílio-alimentação por força de decisão judicial" (fls. 335).

No entanto, o direito dos aposentados e dos pensionistas ao auxílio-alimentação, observados os mesmos critérios para o pagamento do pessoal em atividade, decorre de norma interna da reclamada e de construção jurisprudencial que se cristalizou com a edição da Orientação Jurisprudencial 250 da SBDI-1, não estando tal direito previsto em norma legal. Não se trata aqui de normas imperativas e cogentes, inderrogáveis, assim, pela vontade das partes, tais como as normas relativas à segurança e higiene do trabalho. Dessa forma, não consta, do rol dos direitos trabalhistas irrenunciáveis e indisponíveis o direito dos aposentados ao auxílio-alimentação nos mesmos moldes em que é concedido aos empregados em atividade.

A norma que criou o novo benefício denominado auxílio cesta-alimentação destinado apenas aos empregados da reclamada é oriunda de negociação coletiva, que é uma forma de ajuste de interesses, do qual participou a CONTEC - Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito, a quem cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, inc. III, da Constituição da República c/c arts. 534 e 535 da CLT). Entidade essa que também representa os aposentados e os

pensionistas. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram estabelecer o pagamento do auxílio-cesta-alimentação apenas para os empregados da ativa, não é possível estender esse benefício aos aposentados e aos pensionistas, sob pena de incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

Entendo que não é o caso de aplicação do art. 9º da CLT, porque não se trata de ato unilateral da empresa que, para se furtar de estender o reajuste do auxílio-alimentação aos aposentados e aos pensionistas, criou um outro benefício apenas os empregados em atividade, como entendeu a Turma. Trata-se de um acordo coletivo, que, aliás, não retirou vantagens dos reclamantes, mas apenas não estendeu a eles uma parcela concedida aos empregados em atividade.

Ressalte-se que não se discute a validade formal do Acordo Coletivo 2002/2003.

Dessa forma, entendo haver-se configurado ofensa ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

CONHEÇO.

1.3. MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC

A Turma aplicou multa de 1% do valor atribuído à causa, com fundamento no art. 538, parágrafo único, do CPC, por considerar

protelatórios os Embargos de Declaração opostos. A decisão está assim expressa:

"Logo, foi esgotada, em profundidade e extensão a tutela jurisdicional direcionada à esta C. Segunda Turma, restando apreciada a matéria de que trata o artigo 7º, inciso XXXVI, da Constituição, apontado de violação pela reclamada.

Nota-se que as razões do recurso de revista foram detidamente analisadas, bem como lançados com clareza os fundamentos constantes na decisão ora recorrida, importando o presente recurso em mera atividade processual protelatória. De fato, não há necessidade de nenhum esclarecimento das teses adotadas na v. decisão embargada. Tal circunstância atrai a aplicação do parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, posto que a interposição dos presentes embargos provoca desnecessariamente nova intervenção do Judiciário, em prejuízo dos processos pendentes de solução.

Insistindo na interposição de embargos declaratórios, quando nitidamente desnecessários, a parte incorre no mal uso das regras processuais. Não há como reconhecer-se pertinente a argumentação do embargante, de que não teriam sido examinados os fundamentos do seu recurso de revista. É notória sua intenção de retardar o feito, visto que decidido contrariamente a seus interesses.

Ante o exposto, conheço dos embargos declaratórios para

rejeitá-los e, declarando o seu caráter protelatório, aplico ao embargante a multa de 1% (um por cento) do valor atribuído à causa." (fls. 351)

A reclamada sustenta que o objetivo dos Embargos de Declaração foi de prequestionar a matéria e sanar a omissão e a contradição indicadas.

Aponta ofensa aos arts. 538 do CPC e 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República.

A reclamada, em seu Recurso de Revista, apontou ofensa ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, sob o argumento de que o referido dispositivo consagra o princípio da autonomia privada coletiva e o respeito às normas coletivas (fls. 293).

A Turma, a fls. 335/339, a despeito de apreciar a matéria constante do Recurso de Revista não o faz expressamente à luz do art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, conforme se verifica:

"AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO

De acordo com o consignado no acórdão regional, a prova dos autos é no sentido de que a reclamada tem, por obrigação integrante dos contratos de trabalho, de pagar aos aposentados e pensionistas a parcela denominada auxílio-alimentação, observados os mesmos critérios para pagamento ao pessoal em atividade. O pagamento do referido auxílio-alimentação foi suprimido em janeiro de 1995, mas restabelecido por força de decisão judicial. Os pagamentos vi-

nam observando os reajustes devidos. Contudo, no acordo coletivo de setembro de 2002, foi mantido o valor do auxílio refeição/alimentação em R\$ 242,00 (duzentos e quarenta e dois reais), sob a forma de 22 tíquetes, no valor unitário de R\$ 11,00 (onze reais), igual ao ajustado na data base anterior (setembro/2001), e ajustou-se que a reclamada passaria a conceder, em caráter indenizatório, uma verba denominada auxílio cesta-alimentação, exclusivamente aos empregados em atividade, no valor mensal de R\$ 50,00 (cinquenta reais), sob forma de 05 tíquetes, no valor unitário de R\$ 10,00 (dez reais), a ser pago juntamente com o benefício auxílio refeição/alimentação (cláusulas 5ª e 6ª, fls. 94/95).

Também da prova dos autos, consignado no acórdão regional, temos que a nomenclatura, a natureza e a forma de pagamento dos benefícios são praticamente idênticas, diferenciando-se, como a própria reclamada assevera, em seu recurso de revista, pelo fato de que a cesta-alimentação é um benefício criado pelo acordo coletivo de trabalho 2002/2003, destinado exclusivamente aos seus empregados da ativa, que visa à alimentação familiar, somente podendo ser usado em supermercados, enquanto o auxílio-alimentação, pago também aos aposentados e pensionistas, destina-se à alimentação diária do empregado, podendo ser usado em restaurantes e estabelecimentos conveniados. Ora, a diferença nos

locais onde pode ser utilizado o benefício, bem como a forma de pagamento ao empregado, não são suficientes para descaracterizar a intenção da reclamada de mascarar um reajuste do auxílio-alimentação para os empregados da ativa e não repassá-lo aos aposentados e pensionistas, inclusive porque foi definido, no acordo coletivo, que a cesta-alimentação deve ser paga juntamente com o auxílio-alimentação, e já ter havido, anteriormente, uma tentativa de não pagamento da cesta-alimentação aos aposentados e pensionistas, frustrada por uma decisão judicial. Assim, tendo em vista a tentativa da reclamada, de burlar decisão judicial, deve ser a cesta-alimentação paga também aos aposentados e pensionistas, com amparo no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Registre-se que não se trata de anular cláusula de acordo coletivo, mas de estendê-la aos inativos e pensionistas, para evitar a burla de decisão judicial.

Nego provimento."

A reclamada opôs Embargos de Declaração a fls. 344/345, buscando o pronunciamento acerca do art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. Assim, ao contrário do que entendeu a Turma desta Corte, entendo que os Embargos de Declaração não possuíam natureza protelatória. Restou clara a intenção da embargante de prequestionar a matéria insculpida no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da Repú-

blica, em que se fundamentou o Recurso de Revista.

Dessa forma, constatando-se que os Embargos de Declaração opostos pela reclamada não tinham finalidade de procrastinar o deslinde da controvérsia, conclui-se que a aplicação da multa importou em violação ao art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

CONHEÇO do Recurso por violação ao art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

## 2. MÉRITO

### 2.1. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. NORMA COLETIVA. APOSENTADOS E PENSIONISTA

Tendo merecido conhecimento o Recurso de Embargos por ofensa ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, DOU-LHE PROVIMENTO para julgar improcedente o pedido de diferenças de auxílio-alimentação.

### 2.2. MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tendo o Recurso merecido conhecimento por ofensa ao art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, DOU-LHE PROVIMENTO, para absolver a reclamada da condenação ao pagamento da multa de um por cento sobre o valor corrigido da causa.

## DECISÃO

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sub-seção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos quanto aos temas "AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. NORMA COLETIVA. APOSENTADOS E PENSIONISTA", por violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, e "MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL", por ofensa ao art. 538, parágrafo único, do CPC, e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar improcedente o pedido de diferenças de auxílio-alimentação e para absolver a reclamada da condenação ao pagamento da multa de um por cento sobre o valor corrigido da causa. Fica invertido o ônus da sucumbência quanto às custas, das quais ficam isentos os reclamantes.

Brasília, 06 de junho de 2005.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA  
Ministro Relator

# Tribunal Superior do Trabalho

## Advogado-Empregado - Jornada de Trabalho - Lei nº 8.906/94

### EMENTA OFICIAL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO QUANTO A DETERMINAÇÃO DO FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO REGIONAL. EFEITO MODIFICATIVO.

A omissão no acórdão embargado quanto a determinado fundamento do acórdão regional, importa em reconhecer aos Embargos de Declaração o efeito modificativo ante a constatação de que o aresto que anteriormente havia ensejado o conhecimento do apelo revisional não aborda o segundo fundamento lançado pelo Tribunal Regional (Súmula 23 do TST) e a respeito do qual houve a omissão. Embargos de Declaração que se acolhem e aos quais se reconhece o efeito modificativo para, no tema examinado em que houve a omissão, não conhecer do Recurso de Revista.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-ED-RR-45.919/2002-900-02-00.5, em que são Embargantes CARLOS ALBERTO TOLESANO E OUTROS e Embargada CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

ED-RR - 45919/2002-900-02-00 - 5ª Turma - j. 15.12.2004 - Rel. Min. João Batista Brito Pereira - DJU - 18.02.2005

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelos reclamantes, queixando-se de omissão no julgado, no ponto em que esta Egrégia Turma, ao reformar o acórdão regional, com o entendimento de ser inválido o Acordo Coletivo celebrado pela Associação Nacional de Advogados, carecedora de legitimidade para representar a categoria, prerrogativa reconhecida somente aos sindicatos, por força do art. 8º, inc. VI, da Constituição da República, não se pronunciou a respeito de outro fundamento expandido pelo Tribunal Regional para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras: a existência confissão pela Caixa Econômica Federal de que a jornada adotada para os empregados advogados era de 4 (quatro) horas diárias, razão pela qual o Colegiado a quo afastou a aplicação do Acordo Coletivo firmado pela Federação dos Advogados. Contra-razões apresentadas às fls. 626/628. Autos em Mesa, para julgamento. É o relatório.

### VOTO

Os Embargos de Declaração foram opostos tempestivamente, estando regular a representação processual. A Quinta Turma, apreciando a questão acerca da jornada de

trabalho de 4 horas dos empregados advogados da Caixa Econômica Federal, assim fundamentou sua conclusão, *in verbis*:

*Conforme consignado pelo relator, trata-se de hipótese de empregados advogados da Caixa Econômica Federal, em relação aos quais pretende a recorrente afastar a incidência da jornada especial de 4 (quatro) horas de que trata o art. 20 da Lei 8.906/94. De fato, a esses empregados, não é possível a aplicação do regime de jornada especial por força do disposto no art. 4º da Lei 9.527/97, in verbis:*

*Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.*

Portanto, sendo a Caixa Econômica Federal integrante da Administração Pública indireta, seus empregados advogados não se beneficiam da Lei 8.906/94, neste aspecto. É de se afastar, outrossim, a aplicação da jornada reduzida estipulada mediante Acordo Coletivo referido no acórdão regional. É que, segundo se deflui da decisão recorrida, o mencionado acordo se deu com a Associação dos Advogados da Caixa Econômica Federal, *in verbis*:

*A ré outra coisa não fez senão recorrer a paliativos de cumprimento ou postergação de cumprimen-*

*to da lei. Tal se afigura, por exemplo, a existência do acordo coletivo que ela firmou com a Associação Nacional dos Advogados da CEF (fl. 40), como ainda a sua imprecisa idéia de existir um acordo tácito com os empregados, como se fosse possível ou admissível um acordo para não cumprimento da lei, com o qual, em prejuízo de si mesmos, estariam os empregados satisfeitos com a injustiça. Não soa jurídica ou sensata essa via (fls 506 - grifei).*

*Trata-se, portanto, de acordo coletivo inválido, por ter sido firmado por quem não tem legitimidade para representar a categoria, prerrogativa reconhecida aos sindicatos, por força do art. 8º, inc. VI, da Constituição da República.* Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de revista da reclamada para excluir da condenação as horas extras (fls. 609/610).

Sustentam os embargantes omissão no julgado, argumentando que esta Turma não se pronunciou a respeito de outro fundamento consignado no acórdão regional, atinente ao fato de que a jornada de 4 (quatro) horas diárias foi confessada pela Caixa Econômica, quando, nos autos, consta Acordo Coletivo firmado com Federação dos Advogados a título de estipular jornada de 6 (seis) horas, a demonstrar, portanto, que a reclamada adotava para os advogados jornada de 4 (quatro) horas. De fato, do acórdão regional consta a seguinte fundamentação, não apreciada por esta Turma, *in verbis*:

6.6 E mais, quando as partes declaram que passam a regular a jornada de 6 horas na forma do art. 20, da Lei 8.906/94 (fls. 35, cl. 1º, acordo com a Federação dos Advogados), a ré incorpora, aí, a confissão de que está sujeita ao cumprimento da regra geral (jornada de 4 horas), contra a qual, com o permissivo legal, firmava o acordo coletivo. Dizer, agora, que esse acordo é nulo, seria nada menos do que afirmar a desonra da própria palavra, coisa feia de pensar para quem se afirma fiel ao princípio da moralidade (fls. 506).

Efetivamente, no acórdão embargado houve omissão quanto a esse fundamento reconhecido pela própria Caixa Econômica da jornada de 4 (quatro) horas, porquanto não se justificaria celebrar Acordo Coletivo para estipular jornada diversa de 6 (seis) horas se fosse essa a jornada, como alega a reclamada, a jornada de trabalho regularmente adotada. Referida omissão desta Turma quanto a fundamento declinado na decisão recorrida importa no reexame do conhecimento do Recurso de Revista, visto que, necessário se faz agora verificar se o aresto que ensejou o conhecimento do apelo atende à orientação concentrada na Súmula 23 desta Corte. Efetivamente, o modelo jurisprudencial, colacionado a fls. 534, no qual se lastreou a decisão embargada, não aborda todos os fundamentos do acórdão regional, mais especificamente o últi-

mo fundamento, objeto da omissão por esta Turma.

Por essa razão, não há como se conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema. Também não se pode concluir por ofensa à Lei 9.527/97, quando, no Direito do Trabalho, vige o princípio da norma mais favorável, de sorte que a adoção (ainda que tácita) de jornada mais benéfica pelo empregador, adere ao contrato de trabalho, afastando a aplicação da lei, menos benéfica, como na hipótese. Por essa mesma razão, não vislumbro ofensa ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, pois, da conclusão do Tribunal Regional, extraio o entendimento de que sobre referido Acordo Coletivo, incide o art. 9º da CLT.

Ante o exposto, ACOELHO os Embargos de Declaração, para, imprimindo-lhes efeito modificativo, NÃO CONHECER do Recurso de Revista no tema 1.2 INAPLICABILIDADE DO CAPÍTULO V, TÍTULO I, DA LEI 8.906/94. ADVOGADO. JORNADA REDUZIDA. CATEGORIA DIFERENCIADA, pelos fundamentos acima expostos.

Tendo em vista a modificação do julgado passo ao exame do título 1.3 (fl. 608) do Recurso de Revista interposto pela Caixa Econômica, que restou prejudicado na oportunidade do provimento daquele apelo.

RECURSO DE REVISTA 1. CONHECIMENTO 1.3 ATO JURÍDICO PERFEITO E A NÃO APLICAÇÃO DA LEI 8.906/94. NÃO CONFIGURAÇÃO DE

CATEGORIA DIFERENCIADA. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. VALIDADE DOS ACORDOS FIRMADOS. ACORDO CELEBRADO COM A ADVOCEF E DO ACORDO INDIVIDUAL VALIDADE. ACORDO COLETIVO FIRMADO COM A FENADV VALIDADE. ACORDO TÁCITO. DAS HORAS EXTRAS DEFERIDAS A PARTIR DE JULHO DE 1998 EXCEDENTES DA 4ª HORA DIÁRIA E DIFERENÇAS DE ADICIONAL E DIVISOR. CARGO DE CONFIANÇA. DA INCLUSÃO NA CONDENAÇÃO DE PARCELAS VINCENDAS.

A) Ato Jurídico Perfeito e a Não Aplicação Da Lei 8.906/94. Sob esta epígrafe, a reclamada defende que os contratos dos empregados advogados foram firmados muito antes da vigência da Lei 8.906/94, razão pela qual, à luz do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, os contratos assim celebrados não podem ser modificados pela lei nova Lei 8.906/94 por se revestirem da imutabilidade dos atos jurídicos perfeitos. Invocam o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República. Conforme lançado no acórdão regional, a fixação da jornada de 4 horas ou de 6 horas diárias -, na presente hipótese, não encontra resposta no debate acerca da aplicação da lei no tempo, mas no reconhecimento pela reclamada, de que já adotava a jornada de 4 (quatro) horas, quando entrou em vigor a Lei 8.906/94, pois, outro não seria o motivo para, na vigência da referida lei, firmar-se acordo coletivo para estipular

jornada de 6 (seis) horas se essa já fosse a jornada a que estivessem submetidos. Vale transcrever a decisão regional, *in verbis*:

*6.5 O que há de imperar na solução desse processo é a confissão da ré sobre estar sujeita à coerção da lei, contra a qual ela não lançou a exceção de contrato não cumprido ou de revisão pela cláusula rebus sic stantibus. Essa confissão está marcada pelo já citado acordo, porque, como soa óbvio, não careceria nenhum acordo para vincular à jornada de horas quem a ela já estivesse obrigado por lei (bancário). Recorrendo a um acordo para a fixação da jornada de 6 horas, a ré estava considerando os advogados como próprios à jornada de 4 (fls. 506). Ante tais fundamentos, não vislumbro ofensa ao art. 6º da LICC ou ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, tampouco divergência de julgados, na medida em que nenhum dos arestos transcritos abordam a peculiaridade do fundamento acima transcrito (incidência da Súmula 296 desta Corte). NÃO CONHEÇO.*

B) Não Configuração de Categoria Diferenciada. Defende a reclamada que os advogados não constituem categoria diferenciada, transcrevendo arestos para corroborar sua tese, razão por que a eles não se deveria aplicar a Lei 8.906/94. Aqui também a questão não se resolve pelo enquadramento dos advogados em *categoria diferenciada*. *Sequer cuidou o Tribunal Regional fazê-lo. Aqui, novamente,*

*reporto-me à fundamentação consignada no acórdão regional e acima transcrita, no sentido de que a reclamada foi quem reconheceu aos seus empregados advogados a jornada de 4 (quatro) horas, de sorte que tal ajuste, aderiu ao contrato de trabalho e, assim, outra não seria a razão a justificar um acordo coletivo se fosse essa a jornada regulamentar. Não vislumbro ofensa ao art. 577 da CLT nem divergência jurisprudencial, ante a inespecificidade dos arestos que não abordam a peculiaridade de ter sido a reclamada a adotar a jornada contra a qual ela agora se irressigna. NÃO CONHEÇO.*

C) Dedicção Exclusiva. Pretende a reclamada a aplicação da exceção prevista no art. 20 da Lei 8.906/94, sustentando estarem os autores submetidos a regime de dedicação exclusiva. Dispõe o art. 20 da Lei 8.906/94, *in verbis*:

*Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.*

Ora, tratando-se de exceção à regra geral da jornada de 4 (quatro) horas, conforme bem salientou o Colegiado de origem, necessário para comprovação da dedicação exclusiva estipulação contratual a respeito. Ademais, consigna o acórdão, *in verbis*:

*Os autores também alegaram a inexistência de restrição quanto ao*

*exercício privado da advocacia (fl. 4, § 4º) e essa alegação não foi validamente contrariada ou infirmada pela ré (fls. 504).*

Como se vê, o fundamento acima referido somente poderia ser elidido pelo reexame das provas, vedado nesta esfera recursal (Súmula 126 desta Corte). Assim, não há como se cogitar de ofensa ao art. 20 da Lei 8.906/94, tampouco divergência jurisprudencial. **NÃO CONHEÇO.**

D) Validade dos Acordos Firmados. D.1 - acordo celebrado com a ADVOCEF e do acordo individual validade. *Quanto ao acordo coletivo firmado pela Associação de Advogados, valho-me dos fundamentos outrora consignados no acórdão embargado por entender ser inválido o acordo coletivo celebrado com a Associação dos Advogados da Caixa Econômica fixando a jornada de 6 (seis) horas, por ter sido firmado por quem não tem legitimidade para representar a categoria, prerrogativa reconhecida aos sindicatos, por força do art. 8º, inc. VI, da Constituição da República. Assim, não há que se cogitar de ofensa aos arts. 1.025, 1.035 do Código Civil, 5º, inc. II, da Constituição da República, 611 da CLT. Quanto ao acordo individual, a reclamada, em vedada inovação, diz tratar-se de acordo individual expresso para fixação de jornada de 6 (seis) horas, quando, em sede de Recurso Ordinário, cogitou apenas de acordo tácito, consoante razões de fls. 368/369. O Tribunal Regional, examinou a*

*controvérsia, portanto, somente à luz da alegação da existência de acordo tácito. Por conseguinte, o debate acerca da fixação da jornada por acordo individual expresso carece do necessário questionamento (Súmula 297 desta Corte), o que, por si só, afasta a possibilidade de exame de violação a dispositivo de lei ou da Constituição ou mesmo de verificação de dissenso pretoriano. NÃO CONHEÇO.*

D.2 - acordo coletivo firmado com a FENADV validade. Neste ponto, sustenta a Caixa Econômica que foi firmado Acordo Coletivo com a Federação dos Advogados para fixar jornada de 6 (seis) horas. Argumenta, então, que a decisão regional, negando vigência ao acordo, violou o art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. Novamente, é de se afastar a ofensa ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, em razão do fundamento de que se valeu o Tribunal Regional para afirmar que a Caixa Econômica, ao celebrar acordo para fixação da jornada de 6 horas nada mas fez do que assinar sua confissão, reconhecendo que adotava jornada de 4 horas para seus empregados advogados. *Reporto-me então o entendimento que lancei quando do exame da omissão em que consignei que no Direito do Trabalho, vige o princípio da norma mais favorável, de sorte que a adoção (ainda que tácita) de jornada mais benéfica pelo empregador, adere ao contrato de trabalho,*

*afastando a aplicação da lei, menos benéfica, como na hipótese. Por essa mesma razão, não vislumbro ofensa ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, pois, da conclusão do Tribunal Regional, extraio o entendimento de que sobre referido Acordo Coletivo, incide o art. 9º da CLT. Os arestos transcritos limitam-se a consignar tese genérica a respeito da validade e observância dos Acordos e Convenções Coletivas. Pertinência da Súmula 296 desta Corte. NÃO CONHEÇO.*

D.3 - acordo tácito. Insiste a reclamada ter havido acordo individual. Desta vez, sustenta a existência de acordo tácito, argumentando que o art. 20 da Lei 8.906/94, já examinado, autoriza a ressalva de jornada superior a 4 horas diárias por acordo seja tácito ou expresso. *Aqui, não verifico ofensa ao artigo, pois, conforme já explicitado alhures, tratando-se de exceção à regra geral da jornada de 4 (quatro) horas, conforme bem salientou o Colegiado de origem, necessário para comprovação da dedicação exclusiva estipulação contratual a respeito, ou seja, acordo expresso. Incidência da Súmula 221 desta Corte. Os arestos transcritos são todos inespecíficos (Súmula 296 desta Corte), pois consignam tese a respeito de regime de compensação de jornada, tema diverso do examinado in casu. NÃO CONHEÇO.*

E) Das Horas Extras Deferidas a Partir de Julho de 1998 Exceden-

tes da 4ª Hora Diária e Diferenças de Adicional e Divisor. *O Recurso de Revista, neste tema, encontra-se desfundamentado, por não indicar violação a qualquer dispositivo de lei nem colacionar arestos para o confronto de teses. NÃO CONHEÇO.*

F) Cargo de Confiança. Insurge-se a reclamada contra o não reconhecimento, pelo Tribunal Regional, do exercício de cargo de confiança por algumas reclamantes (Maria Inês Salzani Machado Pagianotto, Sandra Rosa Bustelli Jesion e Sueli Ferreira da Silva), a excluí-las da jornada de 4 horas, de acordo com o disposto nos art. 62 ou 224, ambos da CLT. Em relação às reclamantes acima referidas, assim se pronunciou o Tribunal Regional, *in verbis*:

*O exercício do cargo de confiança atribuído a alguns advogados (Maria Auxiliadora França Senne, Maria Inês Salzani Machado Pagianotto, Sandra Rosa Bustelli Jesion e Sueli Ferreira da Silva) não tem respaldo na prova. Não eram eles o alter ego (outro eu) da empregadora (fls. 507)*

*A reforma da decisão regional neste ponto, como pretende a reclamada, esbarraria, necessariamente, no reexame do conjunto probatório dos autos, o que é vedado nesta sede recursal. Incidência da Súmula 126 desta Corte, o que afasta, desde logo, a possibilidade de verificação de ofensa à lei ou de dissenso pretoriano. NÃO CONHEÇO.*

G) Da Inclusão na Condenação de Parcelas Vincendas. Ao condenar a reclamada ao pagamento das parcelas vincendas de horas extras, assim fundamentou o Tribunal Regional, *in verbis*:

*7. Prestações vincendas. O objeto litigioso faz caracterizar uma situação de lesão continuada, própria da circunstância contratual que definiu, para a ré, o quantitativo da jornada ordinária dos advogados. Era de rigor o deferimento das prestações vincendas, cuja inclusão no pedido e na condenação independeria de declaração expressa dos autores (CPC, 290), ainda mais que, aqui, encontram-se expressamente lançadas no rol de pedidos (fl. 7, § 14, letra a). Eventual modificação do estado de fato ou de direito há de permitir a via processual apropriada para a revisão da coisa julgada material (fls. 507).*

A reclamada indica ofensa aos arts. 290 e 460, parágrafo único, ambos do CPC e traz um aresto para o confronto jurisprudencial. Pela transcrição acima, vê-se que a decisão regional encontra amparo no art. 290 do CPC, o que afasta, de logo, a ofensa ao referido dispositivo. Quanto ao art. 460, parágrafo único, do CPC (A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional), a hipótese é exatamente a do caso presente, em que o fato de ser incerto a existência futura de horas extras (relação condicional) não implica

caracterizar a sentença como condicional.

*Quanto ao aresto colacionado, considero-o inespecífico ante a peculiaridade do presente caso. É que, na hipótese, salientou o Tribunal Regional tratar-se de lesão continuada, própria da circunstância contratual que definiu para si a ré, quando adotou jornada de 4 horas. O aresto por sua vez, trata de sobrejornada genérica, sem estipulação contratual e que, a qualquer momento, pode o empregador deixar de exigir, bastando, para tanto, observar a Súmula 291 desta Corte. Por ser inespecífico, incide a Súmula 296 desta Corte. NÃO CONHEÇO.*

ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, acolher os Embargos de Declaração para, imprimindo-lhes efeito modificativo, não conhecer do Recurso de Revista no tema 1.2 Inaplicabilidade do Capítulo V, Título I, da Lei 8.906/94. Advogado. Jornada reduzida. Categoria diferenciada, e, examinando o tema 1.3 do Recurso de Revista, anteriormente prejudicado, dele igualmente não conhecer.

Brasília, 15 de dezembro de 2004.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA  
Ministro Relator

# Superior Tribunal de Justiça

## Sistema Financeiro de Habitação - Plano de Equivalência Salarial - Saldo Devedor - Atualização

### EMENTA OFICIAL

Sistema Financeiro de Habitação. Plano de Equivalência Salarial. Saldo Devedor. Atualização.

I - O Plano de Equivalência Salarial não constitui índice de correção monetária, mas regra para cálculo das prestações a serem pagas pelo mutuário, tendo em conta o seu salário.

II - A atualização do saldo devedor dos contratos, mesmo regidos pelo Plano de Equivalência Salarial, segue as regras de atualização próprias do Sistema Financeiro de Habitação.

III - Recurso especial conhecido, mas desprovido.

REsp Nº 495.019 - DF (2003/0009364-6) - Segunda Seção-STJ - j. 22.09.2004 - Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro - DJU. 06.06.2005

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho e o voto

do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro Relator, e os votos dos Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Fernando Gonçalves, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, e o voto de desempate do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, no mesmo sentido, por maioria, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento, vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi, Castro Filho e Cesar Asfor Rocha.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Votaram com o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, os Srs. Ministros Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jorge Scartezzini (art. 162, § 2º, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 22 de setembro de 2004. (Data do Julgamento)

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro  
Relator

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Epitácio Nunes Lopes e outros interpõem recurso especial, com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

*"CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA - IMÓVEIS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH - CONTRATOS DE MÚTUO - GARANTIA DA FORMA PACTUADA PELAS PARTES - ALTERAÇÃO DO ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO DO SALDO DEVEDOR: IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.*

*1- Uma vez firmado, o contrato deve ser cumprido, especialmente quando em sua celebração estiverem presentes seus elementos essenciais: acordo de vontades, objeto lícito, agentes capazes e forma não defesa em lei.*

*2- Não merece reformas a sentença que manteve o índice previsto contratualmente para reajustar o saldo devedor do contrato de financiamento imobiliário de acordo com a legislação aplicável à espécie" (fl. 318).*

Apontam os recorrentes dissídio jurisprudencial, colacionando julgados desta Corte no sentido de que nos contratos de financiamento da casa própria firmados com

base no sistema de financiamento habitacional o índice de reajuste do saldo devedor deve estar vinculado aos vencimentos da categoria profissional do mutuário, tornando inefetiva a cláusula que implique em reajuste pelo índice da caderneta de poupança.

Contra-arrazoado (fls. 366 a 375), o recurso especial (fls. 329 a 338) foi admitido (fls. 377/378).

É o relatório.

## VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Os recorrentes ajuizaram ação declaratória alegando que firmaram com o réu, na qualidade de agente financeiro da habitação, contrato de mútuo com garantia hipotecária para compra de casa própria; que a operação é financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação - SFH; que, *"na tentativa de burlar as normas específicas para o caso em espécie, estabeleceu de forma unilateral que, o Saldo Devedor seria reajustado mensalmente, utilizando para tanto os índices aplicados para corrigir os depósitos em caderneta de poupança, condição primeira para que o financiamento fosse concedido, não podendo a Autora sequer discutir qualquer outra condição"* (fl. 5); que os *"contratos regulados pelo Sistema Financeiro da Habitação devem ser regidos por princípios específicos que sublimem a finalidade social"* (fl. 5). Pedem, por

fim, que o saldo devedor seja reajustado conforme o percentual de aumentos salarial dos autores e, assim, que seja deduzida do saldo devedor, reajustado na forma do pedido, a diferença a ser apurada em liquidação de sentença.

A sentença julgou improcedente o pedido. Para o Juiz, o contrato estabelece o reajustamento do saldo devedor pelo índice aplicado às cadernetas de poupança, devendo ser resguardado.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios manteve a sentença. Para o Tribunal local, os autores adquiriram o imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação, prevendo o contrato o modo pelo qual deve o saldo devedor ser reajustado, com o que não pode prevalecer a pretensão dos autores no sentido de alterar a regra contratada.

O recurso está amparado, apenas, pela alínea "c", com paradigmas desta Corte, Relatores os Ministros José Delgado e Garcia Vieira.

O contrato, como visto, está subordinado às regras do Sistema Financeiro da Habitação, sendo que o reajustamento das prestações é feito pelo PES - Plano de Equivalência Salarial, isto é, no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário.

Em duas oportunidades já manifestei o meu voto no mesmo sentido do recurso especial, acolhendo os paradigmas da Corte: REsp nº 229.463/BA, de minha relatoria,

DJ de 23/10/2000; REsp nº 335.171/SC, de minha relatoria, DJ de 5/8/02. Não vejo razão para alterar as razões que então expendi. Se o reajustamento das prestações é pelo PES - Plano de Equivalência Salarial, o do saldo devedor não poderia ser diferente, sob pena de distorção que faz com que o mutuário não tenha jamais condições para a quitação do contrato, considerando que mesmo após cumprir a obrigação de pagamento permanecerá em débito crescente com o saldo devedor corrigido por índice diverso, levando a uma dívida muito provavelmente superior ao próprio valor do imóvel.

Com essas razões, eu conheço do especial e lhe dou provimento para julgar procedente a ação, determinando que o saldo devedor seja reajustado pelo mesmo sistema de reajustamento das prestações, feita a compensação da diferença, como apurado em, liquidação de sentença.

## VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, esse tema já foi muito debatido, é antigo. São questões diversas. Existe o Plano de Equivalência Salarial que não constitui índice de correção monetária e foi estabelecido em uma época em que a inflação era muito alta. Havia um distúrbio econômico tal que se encontrou uma solução de emergência para que se prosseguissem os contratos sujeitos

ao regime do Sistema Financeiro de Habitação. Portanto, estabeleceu-se uma equação apenas para pagamento de prestações, que seguiriam pagas em proporção ao salário. Essa é a equação, daí o nome Plano de Equivalência Salarial. A finalidade foi somente essa. Mas é evidente que a quantia emprestada para qualquer trabalhador seria a mesma, tivesse ele salário elevado, com atualização salarial mais rápida, fosse alguém com salário reduzido e com atualização salarial mais lenta. Não era possível fazer tal distinção, porque o dinheiro era do Sistema Financeiro de Habitação, era do próprio trabalhador, era do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Imaginemos duas pessoas no mesmo bloco, situado na mesma rua, na mesma cidade, em dois apartamentos idênticos. Ambos fizeram um financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação com igual valor. Vem o sistema de equivalência salarial. Um tinha salário maior; o outro, um salário menor. Um salário era reajustado de uma forma; o outro, de outra maneira.

Então, se fez o seguinte: cada mutuário pagará a prestação de acordo com o seu salário. É claro que quem pagasse menos abateria menos do capital.

Os valores financiados eram os mesmos. Se assim não se entender, quem pagará por essa diferença de capital com relação àquele que quitou um valor menor, se, vencido o prazo, o contrato não estivesse coberto por seguro que

cobrisse o saldo existente? O próprio trabalhador, o Fundo ou o Tesouro Nacional. E isso, realmente, não foi intencional. Esse plano não é índice de correção monetária. Não existe lei nenhuma estabelecendo esse índice de correção monetária por meio do Plano de Equivalência Salarial.

Em razão disso, é que sempre fiz a distinção: uma coisa é a prestação, outra, é o saldo devedor, que segue as regras gerais de atualização de todos os contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. É a mesma correção para todos. Não há como diferenciar um contrato de outro, tendo em conta o salário do mutuário.

É nessa linha o meu voto no caso concreto.

Pedindo vênias para abrir a divergência, conheço do recurso especial, e nego-lhe provimento.

## VOTO-DESEMPATE

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (PRESIDENTE): Srs. Ministros, peço vênias ao eminente Ministro-Relator e aos que acompanharam o voto de S. Exa. para aderir ao voto divergente. A forma de pagamento das prestações é que são diferenciadas em relação à possibilidade de cada um pagar essas prestações, mas o reajuste é um só e deve ser remunerado com juros e correção monetária de forma igual para todos, inclusive como meio de ressarcimento ao agente financeiro do mútuo.

Assim, não sendo o PES um fator de correção monetária de saldo, mas tão-somente de critério de pagamento das prestações, que se pagas a menor fazem aumentar o saldo devedor, efetivamente. Note-se que o sistema antigo tinha cobertura do FCVS. Justamente porque houve uma grande defasagem na época, o FCVS foi extinto para os contratos mais recentes, de modo que, não havendo mais cobertura do FCVS prevista em contrato, o mutuário realmente tem de arcar com o valor do saldo, atualizado de conformidade com o índice previsto no contrato.

Conheço do recurso especial, e nego-lhe provimento.

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Proseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho e o voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro Relator, e os votos dos Srs. Ministros Antô-

nio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Fernando Gonçalves, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, e o voto de desempate do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, no mesmo sentido, a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento, vencidos os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi, Castro Filho e Cesar Asfor Rocha. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Votaram com o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, os Srs. Ministros Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jorge Scartezini (art. 162, § 2º, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de setembro de 2004.

HELENA MARIA ANTUNES DE  
OLIVEIRA E SILVA  
Secretária

