

Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*



ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

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

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.19, 2014

Semestral

ISSN: 1808-5822

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

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Preparadora de Originais: *Simone Diefenbach Borges*

Tiragem: *2.300 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaiá Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

Vice-Presidente

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (Fortaleza)

1ª Tesoureira

Marta Bufaiçal Rosa (Brasília)

2º Tesoureiro

José de Anchieta Bandeira Moreira Filho (Belém)

1º Secretário

Eduardo Jorge Sarmento Mendes (Brasília)

2º Secretário

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Antonio Silva (Brasília)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Henrique Chagas (Presidente Prudente/SP)

Diretor de Honorários

Marcelo Quevedo do Amaral (Novo Hamburgo/RS)

Diretor de Negociação Coletiva

Marcos Nogueira Barcellos (Rio de Janeiro)

Diretor de Prerrogativas

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife)

Diretor Jurídico

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Diretora Social

Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (Rio de Janeiro)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Henrique Chagas

Patrícia Raquel Caíres Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

*Doutor em Direito Econômico e Socioambiental PUC/PR.
Mestre em Direito Ambiental - UEA/AM. Vice-presidente da
Comissão de Direito Ambiental da OAB-PR.*

Antonio Carlos Ferreira

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

Bruno Queiroz Oliveira

*Doutorando em Direito Constitucional pela Unifor. Mestre em
Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Conselheiro
da OAB/CE. Presidente da Comissão de Reforma do Código
Penal da OAB-CE. Membro titular do Comitê de Prevenção e
Combate à Tortura no Estado do Ceará.*

Davi Duarte

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

Iliane Rosa Pagliarini

*Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade
Paranaense - UNIPAR. Especialista em Direito Tributário pela
Universidade da Amazônia.*

João Pedro Silvestrin

*Desembargador do Trabalho no TRT da Quarta Região.
Pós-graduado em Direito e Economia e da Empresa pela
Fundação Getúlio Vargas e Especialista em Direito do Trabalho,
Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário - UNISC.*

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Davi Duarte (Porto Alegre)

Carlos Castro (Recife)

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)

Antônio Xavier de Moraes Primo (Recife)

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)

Membros Suplentes

Élida Fabrícia Oliveira Machado Franklin (Teresina)

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Luiz Fernando Schmidt (Goiânia)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

Membros Suplentes

Edson Pereira da Silva (Brasília)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

■ SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
PARTE 1 – ARTIGOS	
Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto prevista na Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos – repercussões na responsabilidade pós-consumo	
<i>Vera Regina Hippler.....</i>	13
Da irrelevância da ordem de termos na cláusula mandatícia para receber e dar quitação	
<i>Luís Gustavo Franco</i>	49
O protesto extrajudicial e suas inconstitucionalidades	
<i>Martiane Jaques La-Flor</i>	65
Do <i>periculum in mora</i> inverso (reverso)	
<i>Reis Friede</i>	89
A questão do dano moral	
<i>Carolina Mello Suave e Danielle Caroline Silva</i>	127
Cessão fiduciária de direitos creditórios na recuperação judicial	
<i>Eduardo Araujo Bruzzi Vianna</i>	153
A desconsideração da personalidade jurídica. Reflexões acerca da afirmação histórica da pressuposição de personalidade jurídica como meio para imputação de responsabilidade dos sócios	
<i>José Gabriel Boschi</i>	179
Recursos prematuros nos Tribunais Superiores	
<i>José Linhares Prado Neto</i>	197
Da TR como índice de correção monetária na Justiça do Trabalho	
<i>Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza</i>	229
O atual papel do Ministério Público do Trabalho brasileiro na efetivação dos princípios da prevenção e da precaução no meio ambiente do trabalho	
<i>Jeremias Pinto Arantes de Souza</i>	243
Medicamentos com isonomia	
<i>Nanaidê Fidalgo Souza</i>	263

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Expurgos inflacionários. Caderneta de poupança. Cumprimento de sentença. Exibição de extratos bancários. Astreintes. Descabimento. Coisa julgada. Inocorrência 283

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Cancelamento de protesto extrajudicial. Ônus do cancelamento do protesto legitimamente efetuado do devedor. Art. 2º da Lei n. 9492/1997 293

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão. Decreto-lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida no prazo de 5 dias após a execução da liminar 311

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Previdência privada. Plano de benefícios submetido à LC 108/2001, já operante por ocasião do advento da Lei. Vedação de repasse de abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios em manutenção. Concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, ainda que não seja patrocinado por entidade da administração pública. Impossibilidade 337

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. SFH. Saldo residual. Ausência de cobertura pelo FCVS. Responsabilidade do mutuário 359

Tribunal Superior do Trabalho

Ação civil pública. CEF. Correspondentes bancários. Casas lotéricas. Equiparação às agências bancárias e a postos de atendimento para efeito de segurança. Inviabilidade. Lei n. 7.102/83. Vigilância armada 373

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 389

APRESENTAÇÃO

Oferecemos à comunidade jurídica brasileira mais uma edição da Revista de Direito da ADVOCEF.

Editada desde 2005 pela Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, a obra é distribuída aos advogados da CAIXA, às universidades e aos órgãos do Poder Judiciário, além de entidades associativas da advocacia.

Com renovado orgulho, este número é lançado, uma vez mais, na casa do advogado brasileiro, o Conselho Federal da OAB, palco de tantos e tão representativos episódios da vida nacional.

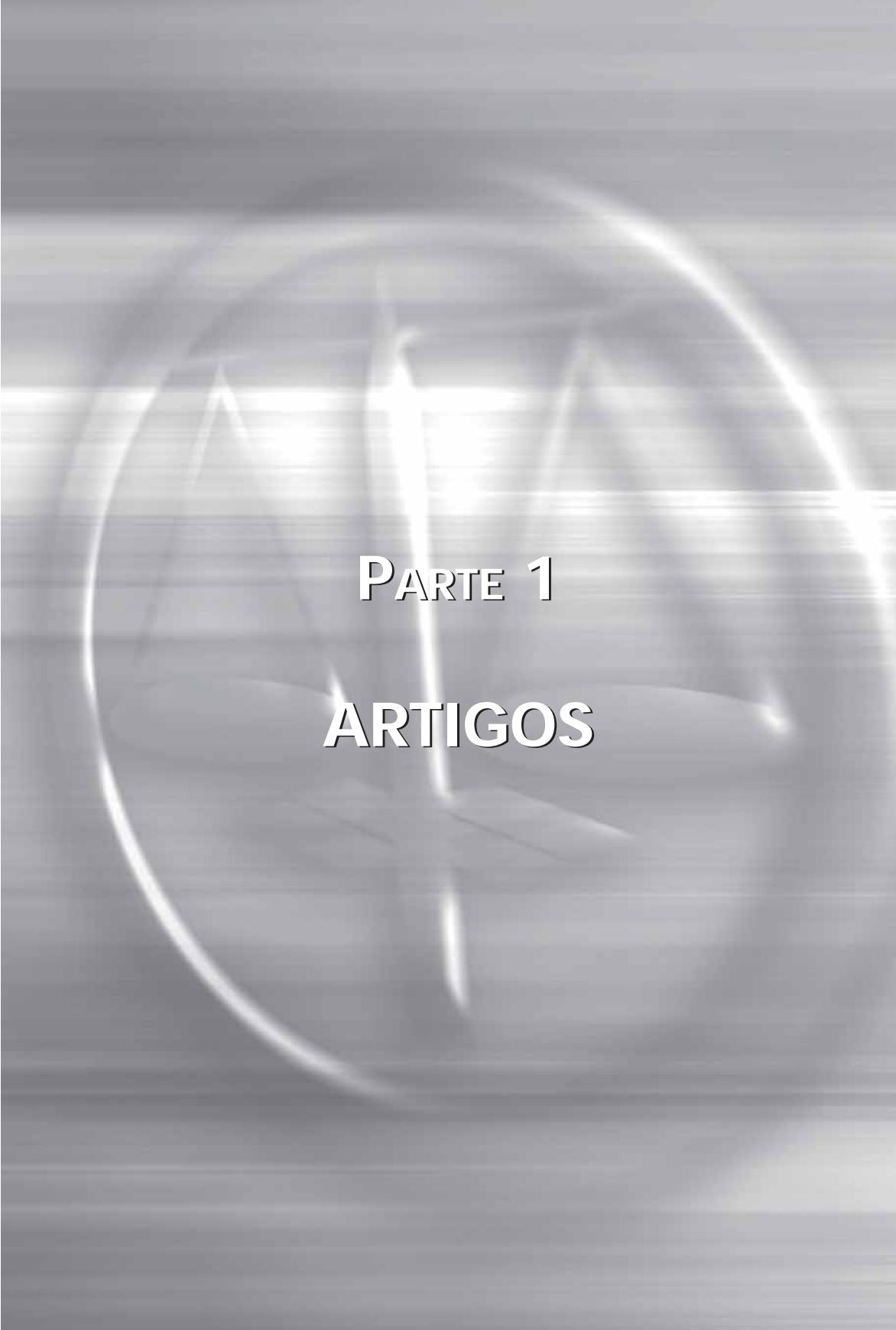
As páginas que seguem ilustram mais do que a profusão do saber de seus autores. Os trabalhos publicados revelam, com profundidade e proficiência, assuntos atuais, polêmicos ou inovadores, primando pela diversidade de pensamentos e multiplicidade de formas.

Advogados integrantes dos quadros da CAIXA, acompanhados por representantes da magistratura e da advocacia liberal, doutores, mestres e especialistas, todos em conjunto conferem à publicação o brilho único de uma composição plural. A Revista busca tanto fomentar o debate acadêmico quanto abrir espaço para a participação crescente dos advogados militantes, que têm na atividade forense a máxima externalização do desempenho profissional.

Além da circulação na forma impressa, a ADVOCEF mais uma vez inova e valoriza as novas gerações de profissionais. A partir desta edição, a entidade amplia os meios de divulgação da Revista para as plataformas mais atuais, em sintonia com uma advocacia moderna e que valoriza os meios digitais como ferramental para a eficiência e a constante atualização de seus exercentes.

Recebam, nossos leitores, mais este número e desfrutem de boa leitura.

Diretoria Executiva da ADVOCEF



A grayscale abstract background featuring a central vertical axis of light. From this axis, several bright, curved radial lines extend outwards towards the top and bottom. These lines are flanked by darker, more shadowed areas, creating a sense of depth and motion. Concentric circular patterns are visible around the central axis, adding to the overall organic and dynamic feel of the design.

PARTE 1

ARTIGOS

Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto prevista na Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos – repercussões na responsabilidade pós-consumo¹

Vera Regina Hippler

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul
Mestre e doutora em Direito do Estado pela PUC-SP
subárea de concentração Direito Administrativo
Especialista em Direito Constitucional pela UNIFIA/SP*

RESUMO

Este esboço trata da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto definida pela Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei nº 12.305/2010, como o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, dos importadores, dos distribuidores e dos comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos. A proposta é tratar a responsabilidade compartilhada e a responsabilidade pós-consumo como sistemas de responsabilidade diferenciados e enxergar a responsabilidade pós-consumo como uma responsabilidade de retaguarda cujo momento de incidência objetiva reequilibrar o sistema. Por derradeiro, afigura-se a situação jurídica almejada ou ponto ótimo na gestão compartilhada de resíduos: a não incidência da responsabilidade pós-consumo.

Palavras-chave: Resíduos sólidos. Ciclo de vida do produto. Responsabilidade compartilhada. Responsabilidade pós-consumo.

¹ Este artigo é um esboço rudimentar da nossa tese de doutorado defendida na PUC-SP em 13 de junho de 2013, intitulada: *Contornos jurídicos da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto prevista na Lei 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos – repercussões na responsabilidade pós-consumo*, sob a orientação do professor Carlos Ari Sundfeld.

ABSTRACT

This paper examines the shared responsibility for product life cycles defined by the National Policy on Solid Waste, Law 12,305/2010, as a set of individual or collective responsibilities enjoyed by manufacturers, importers, distributors, retailers, consumers, and public waste management agencies, in order to minimize the volume of solid waste and refuse as well as to reduce the public health and environmental impact throughout a product's life cycle. The paper proposes to treat the shared responsibility and the post-consumption responsibility as distinct systems of responsibilities in which the post-consumption responsibility is seen as a responsibility of last resort, as a tool to restore balance to the system. Lastly, the paper concludes that the desirable legal position, the ultimate goal for the shared responsibilities of solid waste, is to avoid the use of post-consumer responsibility.

Keywords: Solid waste. Product life cycles. Shared responsibility. Post-consumption responsibility.

Introdução

A concentração das populações nas cidades (quase metade da população mundial vive atualmente em áreas urbanas e a estimativa é que em 2050 tal cifra chegue a 65%, e nas regiões mais pobres do planeta) traz consequências como a urbanização exacerbada e desordenada com aumento do desemprego e da pobreza, deficiência de infraestrutura e de serviços públicos e degradação ambiental. Para manter a qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado² (inclui a qualidade da vida³) e lograr o desenvolvimento sustentável, a gestão ambientalmente racional dos resíduos comparece como questão central. Vários são os fatores que afetam a produção de resíduos. O aumento da população é um deles, mas não o único. O aumento da renda e, consequentemente, de consumo também leva a maior geração de resíduos. Também

² Conforme determina o art. 225, *caput*, da Constituição Federal/88. "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

³ Indiferentemente se humana, animal ou vegetal, em decorrência da previsão do art. 225, § 1º, inc. VII, da CF/88, porque em se tratando de meio ambiente tudo está inter-relacionado. "Art. 225. [...] § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."

mudanças sociais, como menor número de pessoas por domicílio, que demanda uso de determinados produtos como mobiliário, equipamentos domésticos, aumentando a geração de resíduos per capita; a preferência maior por itens descartáveis – as famigeradas sacolas plásticas, pratos, copos e fraldas, passando pelas embalagens ditas secundárias, que nada agregam em proteção ao produto –; e a obsolescência tecnológica programada⁴, prática das empresas produtoras de bens que torna a durabilidade dos objetos menor e faz com que o conserto seja mais caro que a compra de um novo produto. No enfrentamento dessa questão de manejo de resíduos, os países têm publicado leis que obrigam os produtores a atentar para as externalidades negativas geradas pelos produtos que fabricam, obrigando-os a reinserir no mercado o que remanesce do produto que ainda possa ser reutilizável ou reaproveitável após o seu uso pelo consumidor ou dar-lhe a disposição adequada, como em aterros controlados, por exemplo.⁵

No Brasil, constata-se, há muito, uma crise de efetividade na aplicação das normas de proteção ambientais geratriz de certa *frustração ambiental* (ANDRADE, 2009; BARROSO, 2003), já que na questão do trato dos resíduos (o lixo nosso de todos os dias) a ferramenta de gestão tradicionalmente empregada pelo Poder Público é a técnica do comando e controle, de cunho corretivo e repressivo e que não é suficiente para coibir danos ao meio ambiente. Consequência dessa *frustração* é a perda de funcionalidade da classificação tradicional da responsabilidade cumulativa civil, administrativa e penal pelas condutas e atividades lesivas ao meio ambiente de cunho resarcitório e repressivo na gestão do risco ambiental (YOSHIDA, 2012). Para tentar sanar a sensação de que as normas ambientais estão descoladas da realidade e não se materializam

⁴ O tema da obsolescência programada foi recentemente analisado pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 984.106/SC, rel. min. Luis Felipe Salomão, j. 04.10.2012. 4.^a Turma. Inteiro teor do acórdão está disponível na página do Tribunal. Divulgado no Informativo do STJ n. 506. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁵ De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), em publicação conjunta com o centro GRID-Arendal (UNEP, 2006), “[...] a vida útil de vários produtos está diminuindo. Cerca de 80% do que é fabricado é descartado em até seis meses após a produção. Os produtos contêm mais componentes de curta vida útil e estes em geral têm uma biodegradabilidade mais difícil do que antes. Tudo isso complica a forma como os produtos são processados quando se tornam resíduo”. Quer dizer: para alguns produtos o ciclo da gestão de resíduos é mais longo do que o ciclo de vida de muitos produtos. Disponível em: <http://www.grida.no/files/publications/vital-waste2/VWG2_p20and21.pdf>. Acesso em: 27 out. 2012.

em proveitos reais e visíveis para os cidadãos⁶, o legislador brasileiro cunhou na Lei 12.305/2010 - Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS um conceito inovador⁷ ao lado das já conhecidas *responsabilidade individualizada* e *responsabilidade solidária*, a chamada *responsabilidade compartilhada*, com o objetivo de entrelaçar as responsabilidades de todos os geradores de resíduos sólidos⁸, mas dividi-las nos limites de atuação de cada partícipe citado na lei. Referida lei constitui o marco legal para os resíduos sólidos e inclui-se como um dos instrumentos jurídicos que tentam superar a antagônica relação entre progresso material e meio ambiente, com a adoção pelo legislador de preceito da chamada economia circular⁹, em razão de a norma considerar a relação entre os usos dos recursos e a consequente reinserção e descarte dos mesmos na cadeia produtiva.

⁶ Situação visível pela prática funesta de *ainda* se depositar de forma inadequada os resíduos em lixões causadores de todo tipo de poluição: do solo, do ar, das águas subterrâneas etc. Para saber mais sobre resíduos e a sociedade de risco – a chamada sociedade pós-industrial –, ler Beck (2010).

⁷ O termo *inovador* deve ser lido com ressalvas. Antes da promulgação da PNRS, havia diplomas outros que atribuíam aos fornecedores a responsabilidade pelo recolhimento das embalagens e demais resíduos gerados em razão da utilização de determinados produtos, tais como a Lei nº 7.802/1989, que dispõe sobre agrotóxicos, a Lei nº 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para saneamento básico e dispõe brevemente sobre resíduos sólidos, e as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) que disciplinam a destinação de pneus inservíveis, óleos lubrificantes, pilhas e baterias, entre outros, e ainda regramentos estaduais e municipais. Um grande volume de normas dispersas. Para saber sobre a tipologia dos resíduos, a legislação e normas brasileiras aplicáveis a cada tipo ver: Guia para Elaboração dos Planos de Gestão de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/srh_u_rbanos_arquivos/guia_elaborao_plano_de_gesto_de_resduos_rev_29nov11_125.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2012.

⁸ "Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] IX - geradores de resíduos sólidos: pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que geram resíduos sólidos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo; [...] XV - rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada; XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível."

⁹ Economia circular contrapõe-se a economia linear, visto que esta última não considera dentro do processo de produção a reinserção e descarte dos resíduos.

A lei trata o resíduo sólido com um bem socioambiental¹⁰ e propõe uma desconstrução semântica do significado do termo lixo para requalificar o que a sociedade moderna tem rotulado como materiais inúteis, respondendo contrariamente a uma lógica de descartabilidade legitimadora do surgimento de montanhas de refugos.

1 Direito comparado – a chamada responsabilidade alargada do produtor

A gestão dos resíduos é considerada pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), no relatório “Rumo a uma economia verde: caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza”, um dos setores-chave para investimentos na transição da atual “economia marrom” para a “economia verde”, definida como “aquela que resulta na melhoria do bem-estar humano e da igualdade social, ao mesmo tempo que reduz significativamente os riscos ambientais e as carências ecológicas”.¹¹ Nesse documento, o PNUMA recomenda expressamente a adoção de uma responsabilidade alargada do produtor, *extended producer responsibility*.¹² A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹³ define essa responsabilidade como

¹⁰ “Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania”.

¹¹ Disponível em: <http://www.pnuma.org.br/comunicados_detalhar.php?id_comunicados=125>. Acesso em: 11 out. 2012.

¹² Termo cunhado por pelo sueco Thomas Lindhqvist, que, em sua tese de doutoramento de 2000, *Extended Producer Responsibility in Cleaner Production*, define a responsabilidade alargada do produtor como “um princípio estratégico para promover aperfeiçoamentos ambientais em todo o ciclo de vida dos sistemas de produtos, por meio da extensão das responsabilidades do fabricante do produto para várias partes de todo o ciclo de vida do produto e, especialmente, para o recolhimento, a reciclagem e a disposição final do produto” (LINDHQVIST, 2000 *apud* MOREIRA, 2013, p. 112-113). Nos EUA, o termo tem se convencionado chamar *extended product responsibility*. É de Thomas Lindhqvist e de Karl Lidgren a expressão “do berço ao túmulo” (*from cradle to grave*), hoje corrente para ilustrar a dimensão que se quer dar à responsabilidade do produtor.

¹³ A OCDE publicou um manual sobre o tema em 2001: OECD. *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual for Governments*. Paris: OECD Publishing, 2001. Disponível em: <<http://www.oecdbookshop.org/oecd/display.asp?lang=EN&sf1=identifiers&st1=972001041p1>>. Acesso em: 11 out. 2012.

uma abordagem ambiental estratégica em que a responsabilidade do produtor pelo produto é estendida ao estágio pós-consumo do ciclo de vida do produto. Uma política de Responsabilidade Estendida do Produtor é caracterizada por: (1) alteração da responsabilidade (física e/ou econômica; total ou parcial) em direção ao produtor e afastando-se das municipalidades; e (2) provisão de incentivos aos produtores para que levem em conta considerações ambientais no *design* de seus produtos.¹⁴

No âmbito europeu, a Diretiva 2008/98/CE, que estabeleceu o enquadramento legal para o tratamento dos resíduos em geral, tendo em vista todo o ciclo dos resíduos, desde a geração até o descarte, com ênfase na sua valorização e reciclagem, encampou esse conceito. Trata-se de proposta que desafia a ideia tradicional de que o fabricante só tem a preocupação com um dos sentidos da cadeia de produção e consumo: aquela que inicia com a fabricação do bem, passa pela sua distribuição e termina com o consumo, e que não tem qualquer responsabilidade pela disposição final do produto (resíduo), após a sua inserção no mercado.

A lógica que a *extended producer responsibility* contempla adiciona às atribuições do fabricante a responsabilização pelos resíduos oriundos de seus produtos. Trata-se de estratégia que ressalta a importância da estruturação de sistemas de logística reversa adequados para o recolhimento do que restar do produto após o seu uso. A responsabilidade alargada do produtor, portanto, tem início com a concepção do produto, etapa anterior ao consumo, e encontra repercussão em três diferentes fases do ciclo de produção e consumo: o *design* e a confecção do produto, a gestão dos resíduos e a reparação dos danos. Para evitar a diluição de responsabilidades ao longo da cadeia de produção, essa forma de responsabilização reconhece que o produtor se encontra em melhor posição técnica e econômica para influenciar o restante da cadeia no sentido de reduzir os impactos ambientais do ciclo de vida dos produtos. O conceito de responsabilidade pós-consumo no Brasil está inserido dentro do conceito de responsabilidade

¹⁴ No original: "an environmental policy approach in which a producer's responsibility for a product is extended to the post-consumer stage of a product's life cycle. An EPR policy is characterized by: (1) the shifting of responsibility (physically and/or economically; fully or partially) upstream toward the producer and away from municipalities; and (2) the provision of incentives to producers to take into account environmental considerations when designing their products". Disponível em: <http://www.oecd.org/document/19/0_3343,en_2649_34281_35158227_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 11 out. 2012.

alargada do produtor, na etapa da reparação dos danos. A responsabilidade compartilhada trazida pela lei brasileira não se confunde nem com a responsabilidade alargada do produtor do direito europeu, nem com a responsabilidade pós-consumo.¹⁵

2 Definição, objetivos e natureza jurídica¹⁶ da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos

A PNRS **define** responsabilidade compartilhada no artigo 3º, XVII, e no artigo 30. Dispõe a lei:

é o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

A definição nomeia as pessoas envolvidas (indiferente se físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado), atribui responsabilidade a elas durante o ciclo de vida dos produtos¹⁷ e finaliza com os objetivos perseguidos: reduzir os impactos causados à saúde humana e ao meio ambiente. Com isso, a responsabilidade com a gestão de resíduos sólidos deixou de ser exclusividade do Poder Público e passa a ser compartilhada por todos os envolvidos e abrange as etapas desde o desenvolvimento do produto, obtenção de matérias-primas e insumos, processo produtivo, consumo e disposição final ambientalmente adequada.

A lei traz uma novidadeira forma de dar cumprimento à função socioambiental da propriedade ao incluir como atribuição do proprietário do bem a responsabilidade por seu resíduo e com isso eliminar situação frequente enfrentada quando presente o dano ambiental, a conhecida “irresponsabilidade organizada”. Loubet

¹⁵ Para compreender essas distinções e conhecer sobre legislação estrangeira relativa à responsabilidade pela destinação de resíduos sólidos, ver Juras (2012).

¹⁶ Ver também Araújo e Juras (2011; 2012), Lemos (2011), Soler e Silva Filho (2012) e Moreira (2011).

¹⁷ “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:[...] IV - ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”.

(2011) traz conceito doutrinário que identifica a responsabilidade compartilhada com a logística reversa¹⁸ “a faceta prática de sua aplicação”, forma de conceituar dita responsabilidade de certa maneira estreita¹⁹ pelo fato de confundir um instrumento com um princípio, como adiante se verá.

Os **objetivos** da responsabilidade compartilhada estão elencados no art. 30, parágrafo único da lei. São eles: compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental, desenvolvendo estratégias sustentáveis; promover o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva ou para outras cadeias produtivas; reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais; incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade; estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis; propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e sustentabilidade e incentivar as boas práticas de responsabilidade socioambiental.

A **natureza jurídica** da responsabilidade compartilhada é de *princípio*, conforme dispõe o artigo 6.º, VII, da Lei nº 12.305/2010²⁰, e tem fundamento nos princípios do poluidor-pagador e do protetor-recededor. De certa forma, dá mais sentido àquele primeiro, segundo o qual o custo da poluição deve ser preferencialmente atribuído àquele que aufera os benefícios da sua geração. A proposta-chave da lei é dar uma função objetiva aos citados princípios não os definindo em termos absolutos, com a tradicional visão de elevada carga axiológica e reduzida densidade normativa, tão distantes quanto o Olimpo.²¹ Não é esse o objetivo. O fundamento está na difusidade do conteúdo jurídico da responsabilização, isto é, na aceitação da imprescindibilidade do sistema de responsabili-

¹⁸ Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] XII - logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”.

¹⁹ Para saber mais sobre logística reversa, ver também Leite (2012).

²⁰ “Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:[...] VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos”.

²¹ Para ler uma crítica bem-humorada sobre princípios jurídicos e a indeterminação deles decorrente na interpretação e consequente aplicação de tais normas jurídicas ver Sundfeld (2012). Na página 67 da citada obra, o autor ironiza: “E a fábrica de princípios lança *produtos* sem parar, o trabalho de absorvê-los é permanente e ruidoso” (grifo do autor).

dade compartilhada para a defesa do meio ambiente construído com o emprego de um modelo de relação jurídica poligonal forjado sob vínculos de atributividade específicos e determinados pela lei, pelos acordos setoriais²², pelos termos de compromisso²³ e pelos regulamentos^{24,25}, os quais detalham as específicas responsabilidades de cada integrante.

3 Obrigações dos geradores de resíduos sólidos

O legislador inseriu as ***obrigações dos geradores*** e do ***Poder Público*** em duas Seções, do Capítulo III, do Título III da Lei nº 12.305/2010. Na *Seção I* são tratadas as responsabilidades do Poder Público e dos vários setores da economia quanto aos resíduos sólidos gerados em suas atividades. Na *Seção II*, a Lei trata da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, que envolve fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, assim como os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos e o Poder Públ-

²² “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: I - acordo setorial: ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto”. O Acordo Setorial para implantação do sistema de logística reversa de embalagens plásticas de óleos lubrificantes foi assinado pelos sindicatos representativos do setor empresarial e pela ministra do Meio Ambiente no dia 19 de dezembro de 2012. O Acordo Setorial para implantação de logística reversa de medicamentos foi prorrogado, conforme EDITAL Nº 01/2014 do MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - SECRETARIA DE RECURSOS HÍDRICOS E AMBIENTE URBANO - DEPARTAMENTO DE AMBIENTE URBANO. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/editais_e_chamadas/SRHU/2014/fevereiro/prorrogado_edital_medicamentos_01_2014.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2014.

²³ “Art. 32. O Poder Público poderá celebrar termos de compromisso com os fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes referidos no art. 18, visando o estabelecimento de sistema de logística reversa: I - nas hipóteses em que não houver, em uma mesma área de abrangência, acordo setorial ou regulamento específico, consoante estabelecido neste Decreto; ou II - para a fixação de compromissos e metas mais exigentes que o previsto em acordo setorial ou regulamento.”

²⁴ Art. 15 do Decreto 7.404, de 2010 - “Os sistemas de logística reversa serão implementados e operacionalizados por meio dos seguintes instrumentos: I - acordos setoriais; II - regulamentos expedidos pelo Poder Público; ou III - termos de compromisso.” Art. 30 do Decreto 7.404, de 2010 - “Sem prejuízo do disposto na Subseção I, a logística reversa poderá ser implantada diretamente por regulamento, veiculado por decreto editado pelo Poder Executivo.”

²⁵ Para saber mais sobre acordos setoriais, termos de compromisso e regulamentos ver Soler, Machado Filho e Lemos (2012).

co no exercício de poder de polícia. Por que essa separação? Ora, porque a determinados tipos de resíduos aplicam-se regras diferenciadas. Nessas duas seções é que a lei lista as diferentes responsabilidades dos geradores de resíduos sólidos: responsabilidades do Poder Público no exercício do poder de polícia; responsabilidades pelos serviços públicos de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos e pelos resíduos gerados em instalações públicas; responsabilidades dos entes privados pelos resíduos gerados em ambientes sob sua gestão; responsabilidades decorrentes da logística reversa e da implementação de Plano de Gerenciamento obrigatório e responsabilidades do consumidor/gerador domiciliar.

A primeira seção é inaugurada com “uma norma principiológica, que visa a determinar a interpretação das demais normas no sentido da necessidade de atuação conjunta de todos os setores como condição fundamental para o funcionamento da política proposta, cada qual responsável pelas obrigações e funções que lhes são atribuídas por lei” (SOUZA; CASTRO, 2010, p. 9).

O Poder Público, o setor empresarial e a coletividade são responsáveis pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos e das diretrizes e demais determinações estabelecidas na Lei 12.305/2010 e no Decreto 7.404/2010 (art. 25).

Nessa seção, o legislador incumbiu ao titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos a responsabilidade pela organização e prestação direta ou indireta desses serviços (art. 26).

Também na primeira seção estão as responsabilidades dos geradores de resíduos, pessoas físicas ou jurídicas referidas no art. 20 da Lei, obrigados à elaboração, implementação e operacionalização integral do plano de gerenciamento de resíduos sólidos aprovado pelo órgão competente na forma do art. 24 (art. 27 da PNRS). Essa responsabilidade não é uma “responsabilidade compartilhada”, mas é “responsabilidade pós-consumo”, revestida das características da responsabilidade cumulativa tradicional objetiva, solidária, de risco e que pede reparação integral conforme art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, como adiante será visto. A responsabilidade compartilhada só virá na seção seguinte, aí sim, como instituto inovador.

Assim, segundo o art. 20 da PNRS, são responsáveis pela elaboração, implementação e operacionalização dos planos de gerenciamento de resíduos sólidos os geradores de resíduos sólidos de serviços públicos de saneamento básico, industriais, de serviços de saúde e de mineração; os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços que gerem resíduos perigosos ou gerem resí-

duos que, mesmo caracterizados como não perigosos, por sua natureza, composição ou volume, não sejam equiparados aos resíduos domiciliares pelo Poder Público municipal; as empresas de construção civil; os responsáveis por portos, aeroportos, terminais alfandegários, rodoviários e ferroviários e passagens de fronteiras; as empresas de transporte e os responsáveis por atividades agrossilvopastoris. Se houver contratação de serviços de coleta, armazenamento, transporte, transbordo, tratamento ou destinação final de resíduos sólidos, ou de disposição final de rejeitos, essas pessoas referidas no art. 20 continuam responsáveis por danos que vierem a ser provocados pelo gerenciamento inadequado dos respectivos resíduos ou rejeitos (art. 27, § 1º, da PNRS).

O gerador de resíduo domiciliar tem cessada sua responsabilidade pelos resíduos caso proceda com a disponibilização adequada para a coleta ou mediante a devolução dos resíduos sujeitos à logística reversa (art. 28 da PNRS). A obrigação é muito simples no primeiro caso e no segundo exige que o consumidor devolva os resíduos aos fluxos estabelecidos pelos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, uma vez que o gerenciamento de tais resíduos não será mais incluído no sistema de limpeza urbana.

Segundo Milaré (2011, p. 890-891), “a lei inovou na matéria (da responsabilidade), ao estabelecer uma linha de corte para a responsabilidade do gerador de resíduo sólido domiciliar” no art. 28 anteriormente citado. Para ele,

Essa previsão provoca, em nosso sentir, verdadeira revolução no sistema da responsabilidade objetiva em matéria ambiental, na medida em que possibilita o afastamento da teoria do risco integral, que sempre defendemos como imperante no sistema de responsabilidade civil, ambiental, e impõe a adoção da teoria do risco criado, adotada pelo Código Civil de 2002, ao permitir a incidência de uma excludente de responsabilidade (MILARÉ, 2011, p. 890-891).

O legislador, nas palavras de Milaré (2011), “delimitou exatamente a abrangência das circunstâncias a serem consideradas para o estabelecimento do nexo causal entre a atividade danosa e o dano ambiental propriamente dito” para “eximir a responsabilidade do poluidor indireto”.

Apesar da crítica, o Decreto nº 7.404/2010 prevê no art. 84 que os consumidores que descumprirem suas obrigações estarão sujeitos a advertência e, em reincidência, a multas de R\$ 50,00 a R\$ 500,00, que poderá ser convertida em prestação de serviços.

O Decreto nº 7.404/2010 prevê no art. 9º, §§ 1º e 2º que a implantação do sistema de coleta seletiva é instrumento essencial

para se atingir a meta de disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos e o programa deve ser implantado pelo titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e deverá estabelecer, no mínimo, a separação de resíduos secos e úmidos e, progressivamente, ser estendido à separação dos resíduos secos em suas parcelas específicas, segundo metas estabelecidas nos respectivos planos. Segundo ainda o art. 12 do mesmo Decreto, a coleta seletiva poderá ser implementada sem prejuízo da implantação de sistemas de logística reversa.

A PNRS determina no art. 29 a chamada *responsabilidade subsidiária do Poder Público*, que deve atuar com vistas a minimizar ou cessar o dano, logo que tome conhecimento de evento lesivo ao meio ambiente ou à saúde pública relacionado ao gerenciamento de resíduos sólidos. Os gastos havidos deverão ser resarcidos integralmente pelos responsáveis.

A *responsabilidade do Poder Público* não se encontra somente nos dispositivos atrás citados. Ela é ampla, basta ler o artigo 36 da PNRS mais adiante, que inclui os agentes com responsabilidade pelo serviço público a ser prestado (limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos domiciliares), responsabilidade pública como gerador público e responsabilidades privadas nos níveis da geração, transporte e recepção de resíduos. Então, a Lei impõe responsabilidades ao Poder Público como principal articulador da política, além de ente responsável pelo tratamento final da questão “resíduos sólidos”.

Na situação do Poder Público como principal articulador da política, cabe ao ente público, dentro da sua esfera de competência, exigir dos demais atores da cadeia a assunção das suas responsabilidades. Exigências essas, de início, na forma da responsabilidade compartilhada e, ao final, se falha a implantação da gestão dos resíduos por acordos setoriais, termos de compromisso ou regulamentos, pela responsabilidade pós-consumo cumulativa e tradicional: civil, administrativa e penal, como adiante será visto. É do Poder Público, das diferentes pessoas políticas, a obrigação de elaborar os *planos de gestão integrada* de resíduos sólidos.

No tocante às responsabilidades do Poder Público pelos serviços públicos de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos domiciliares, dita responsabilidade poderá ser exercida de *forma direta* pelo órgão público competente (autarquia intermunicipal na forma de Consórcio Público ou órgão municipal, isoladamente); ou de *forma indireta*, por empresa privada contratada. Entram aqui também os serviços públicos de saneamento básico – tratamento de água e esgotos e sistemas de drenagem urbana.

Naquilo que concerne à responsabilidade do Poder Público pelos resíduos gerados em instalações públicas – prédios públicos – responsabilidade do gestor específico (resíduos sólidos de saúde gerados em hospitais públicos, resíduos sólidos de construção civil gerados em obras públicas, resíduos de prédios administrativos etc.), o Poder Público age como se partícula fosse, já que também é obrigado a estruturar e implementar planos de gerenciamento se gerador de resíduos listados no art. 20 da PNRS.

Ainda com relação às obrigações do Poder Público, mas agora para o órgão competente integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama)²⁶, cabe: (i) exigir do gerador de resíduos a elaboração do respectivo plano de gerenciamento (art. 20); (ii) avaliar e aprovar tal plano, observado ao menos o conteúdo mínimo previsto no artigo 21, sem prejuízo, portanto, de exigências adicionais, segundo seu juízo discricionário; e, ademais, (iii) inserir tal plano no âmbito da licença ambiental concedida ao gerador, ou objeto de renovação, exigindo o seu pleno cumprimento como condição para o regular exercício da atividade licenciada.²⁷

Apenas para recordar, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto Federal nº 5.940/2006 instituiu a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta na fonte geradora e a sua destinação às cooperativas de catadores. Especial interesse nessa seara é a atuação da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, que instituiu no âmbito da Empresa a coleta seletiva solidária. A CAIXA, tal qual o Poder Judiciário, também participa do principal programa da administração pública de gestão socioambiental, a Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P. Como empresa pública, integrante da administração indireta, tem a responsabilidade de contribuir no enfrentamento das questões ambientais, buscando estratégias inovadoras que auxiliam no crescimento econômico concomitantemente ao desenvolvimento sustentável. Diante dessa necessidade, a empresa pública tem implementado iniciativas específicas e desenvolve programas que promovam a adoção de uma política de Responsabilidade Socioambiental auxiliada por visível

²⁶ Art. 24 da Lei nº 12.305/2010.

²⁷ De acordo com Moreira (2011, p. 126), “Esta exigência se dá inclusive à vista do disposto no artigo 60 da Lei 9.605/98, conforme o qual constitui crime, punível com pena de detenção ou multa de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas, cumulativamente, ‘construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes’”.

capacidade de indução e poder de mobilização buscando a redução dos impactos socioambientais negativos gerados pela atividade pública/privada²⁸ pelo ente exercida.

4 Limites à incidência da responsabilidade compartilhada concernentes às obrigações assumidas pelos geradores de resíduos sólidos

A segunda seção do Capítulo III do Título III da PNRS é inaugurada com a instituição da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nessa seção.

É de suma importância a definição dos deveres, das obrigações, dos ônus comuns e específicos e dos *limites da responsabilidade que recai em cada integrante da cadeia*, seja ele público ou privado.

Conforme art. 31 da Lei nº 12.305/2010 (grifos nossos):

Sem prejuízo das obrigações estabelecidas no plano de gerenciamento de resíduos sólidos e com vistas a fortalecer a responsabilidade compartilhada e seus objetivos, os **fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes** têm responsabilidade que abrange:

I – investimento no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos:

- que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada;
- cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível;

II – divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos;

III – recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, assim como sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa na forma do art. 33;

IV – compromisso de, quando firmados acordos ou termos de compromisso com o Município, participar das ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, no caso de produtos ainda não incluídos no sistema de logística reversa.

²⁸ Dado o regime jurídico híbrido a que se submete como empresa estatal.

O legislador estipulou no artigo antecedente que a responsabilidade compartilhada engloba também obrigações de cunho mais geral, não só as previstas para a logística reversa.

Os ***fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes*** dos produtos listados no art. 33 da Lei nº 12.305/2010 são obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa. Os produtos são I – agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; II – pilhas e baterias; III – pneus; IV – óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; V – lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes. Também são abrangidos os produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro e os demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados, mas conforme o disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o Poder Público e o setor empresarial (art. 33, § 1º). A ideia é impulsionar atitudes proativas do setor empresarial, que poderá propor a contratação dos acordos setoriais mais abrangentes, ou de compromisso envolvendo um ou mais fabricantes. Assume-se que a própria logística reversa gerará aprendizado no sentido de sua extensão a outros tipos de produtos e embalagens (ARAÚJO; JURAS, 2012, p. 71).

Cabe, ainda, aos ***fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes*** de pilhas e baterias, de pneus, de lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista, de produtos eletroeletrônicos e seus componentes, de agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como de outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, e de óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens tomar todas as medidas necessárias para assegurar a implementação e operacionalização do sistema de logística reversa sob seu encargo, podendo, entre outras medidas (art. 33, § 3º):

- I – implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usados;
- II – disponibilizar postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis;
- III – atuar em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, nos casos de que trata o § 1º.

Hoje, é sabido que aumentou significativamente a geração de resíduos em razão do uso de embalagens ditas secundárias, desnecessárias, que não se prestam a proteger o produto das mazelas do transporte, umidade, agentes biológicos, químicos etc. A PNRS obriga (o legislador empregou “devem ser”) que as embalagens sejam fabricadas com materiais que propiciem a reutilização ou a reciclagem (art. 32). O legislador deixou expresso que cabe aos respectivos responsáveis assegurar que as embalagens sejam restritas em volume e peso às dimensões requeridas à proteção do conteúdo e à comercialização do produto; projetadas de forma a serem reutilizadas de maneira tecnicamente viável e compatível com as exigências aplicáveis ao produto que contêm e recicladas, se a reutilização não for possível (art. 32, § 1º). Hoje, no Brasil, não é mais admitida a fabricação de embalagens descartáveis e que extrapolam o necessário para proteger o produto. O legislador trata desses invólucros com acurada atenção dado que responsabiliza quem manufatura embalagens ou fornece materiais para a fabricação de embalagens e quem coloca em circulação embalagens, materiais para a fabricação de embalagens ou produtos embalados, em qualquer fase da cadeia de comércio (art. 32, § 3º).

Então, pelo lado das empresas, a PNRS obriga o desenvolvimento de produtos/embalagens com menor impacto ambiental (o chamado *ecodesign*) e sem artifícios enganosos, declarações vagas ou não específicas para atrair consumidores, do tipo ambientalmente seguro, amigo da natureza, não poluente. Esse ato de induzir o consumidor ao erro chama-se *greenwashing*, prática que deve ser abolida pelas empresas que a empregam porque ilegais. O consumidor tem direito à informação clara, correta e que não seja abusiva ou enganosa – arts. 6º, 7º, 8º, 12, 14, 18 e 37, todos do Código de Defesa do Consumidor. A PNRS traz como um de seus princípios o direito da sociedade à informação e ao controle social (art. 6º, X).

Os **consumidores** deverão efetuar a devolução, após o uso, dos produtos e das embalagens objeto de logística reversa aos **comerciantes ou distribuidores**, e estes deverão efetuar a devolução aos **fabricantes ou aos importadores** dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos (art. 32, §§ 4º e 5º). Os **fabricantes e os importadores** darão destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, sendo o rejeito encaminhado para a disposição final ambientalmente adequada, na forma estabelecida pelo órgão competente do Sisnama e, se houver, pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos (art. 32, § 6º).

Se o titular do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, por acordo setorial ou termo de compromisso

firmado com o setor empresarial, encarregar-se de atividades de responsabilidade dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes nos sistemas de logística reversa dos produtos e embalagens, as ações do Poder Público serão devidamente remuneradas, na forma previamente acordada entre as partes (art. 33, § 7º).

Com exceção dos consumidores, todos os participantes dos sistemas de logística reversa manterão atualizadas e disponíveis ao órgão municipal competente e a outras autoridades informações completas sobre a realização das ações sob sua responsabilidade (art. 32, § 8º).

Sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva²⁹ pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, os consumidores são obrigados a (art. 35):

- I – acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados;
- II – disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução.

O Poder Público municipal pode instituir incentivos econômicos aos consumidores que participam do sistema de coleta seletiva na forma de lei municipal (art. 35, parágrafo único).

Cabe ao ***titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos***, observado, se houver, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos (art. 36):

- I – adotar procedimentos para reaproveitar os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos;
- II – estabelecer sistema de coleta seletiva;
- III – articular com os agentes econômicos e sociais medidas para viabilizar o retorno ao ciclo produtivo dos resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos;
- IV – realizar as atividades definidas por acordo setorial ou termo de compromisso na forma do § 7º do art. 33, mediante a devida remuneração pelo setor empresarial;
- V – implantar sistema de compostagem para resíduos sólidos orgânicos e articular com os agentes econômicos e sociais formas de utilização do composto produzido;
- VI – dar disposição final ambientalmente adequada aos

²⁹ Sobre coleta seletiva, cf. art. 3º, V; art. 8º, III; art. 16, § 3º; art. 17, § 3º; art. 18, § 1º, II; art. 19, XIV e XV; art. 35; art. 36, II; e art. 42, V, todos da Lei nº 12.305, bem como art. 6º; arts. 9º a 12; art. 40; art. 51, XVIII, XIX e XII; art. 77, § 2º, III e VIII, e § 3º; art. 79, II, b; e art. 84, todos do Decreto nº 7.404/10.

resíduos e rejeitos oriundos dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.

Para o cumprimento das disposições do citado art. 36, o titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos priorizará a organização e o funcionamento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, bem como sua contratação, dispensada a licitação nos termos do inciso XXVII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (art. 36, §§ 1º e 2º).

A PNRS traz uma série de disposições relativas aos geradores de resíduos sólidos, como sói acontecer em se tratando dessa tipologia de resíduos e, especificamente, para a necessidade de observância das regras aplicáveis aos resíduos perigosos³⁰ sempre que os resíduos submetidos à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos sejam assim classificados.

Para concluir, apesar de designada “responsabilidade compartilhada”, em realidade, essa responsabilização “deve ser entendida não no sentido tradicional de responsabilidade – obrigação decorrente de um descumprimento de lei – mas como obrigação positiva, imponível a todos – agentes públicos e privados – de tomar medidas voltadas à adequada destinação e disposição dos resíduos” (SOUZA; CASTRO, 2010, p. 3).

Daí sua função preventiva (não repressiva) que necessita de desenvolvimento normativo adicional e que se fará de forma distinta conforme o tipo de resíduo, se obrigatório ou não à logística reversa, faceta operacional da responsabilidade compartilhada. Se obrigatório, o desenvolvimento normativo adicional será feito através de acordos setoriais, termos de compromisso e regulamentos. Se não obrigatório, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm o compromisso de, quando firmados acordos ou termos de compromisso com o Município, participar das ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos e sem prejuízo das obrigações estabelecidas nos planos de gerenciamento daqueles geradores obrigados a sua elaboração (art. 31, IV, da PNRS).³¹

³⁰ Arts. 37 a 41 da Lei nº 12.305/10 e arts. 64 a 67 do Decreto nº 7.404/10.

³¹ “Art. 31. Sem prejuízo das obrigações estabelecidas no plano de gerenciamento de resíduos sólidos e com vistas a fortalecer a responsabilidade compartilhada e seus objetivos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm responsabilidade que abrange: [...] IV - compromisso de, quando firmados acordos ou termos de compromisso com o Município, participar das ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, no caso de produtos ainda não inclusos no sistema de logística reversa.”

Um exemplo simples esclarece como se pode dar a coordenação de ações dos geradores de resíduos sólidos de forma segregada:

Por essa razão, cabe aos produtores fabricar produtos que gerem a menor quantidade de resíduos possível e cujos resíduos possam ser reaproveitados, reciclados ou dispostos com reduzido impacto ambiental. Os pontos de venda podem contribuir com disponibilização de estrutura de coleta e entrega voluntária de resíduos e servir como uma espécie de “entreposto logístico”. Ao consumidor cabe separar os resíduos descartados segundo os critérios estabelecidos, pois é isso que proporcionará a coleta adequada pelo Poder Público e empresas privadas, quando for o caso. A coleta separada e adequada é necessária, por outro lado, para viabilizar atividades de reciclagem ou a implantação de sistemas de reciclagem e logística reversa. Estas atividades proporcionarão um novo ciclo de vida ao produto e agregarão valor à cadeia econômica (SOUZA; CASTRO, 2010, p. 7).

Todos, portanto, têm responsabilidades segundo a PNRS: o Poder Público deve apresentar planos de gestão para o manejo correto dos materiais (com adoção de processos participativos na sua elaboração e adoção de tecnologias apropriadas); às empresas compete o recolhimento dos produtos após o uso; e à sociedade cabe participar dos programas de coleta seletiva (acondicionando os resíduos adequadamente e de forma diferenciada) e incorporar mudanças de hábitos para reduzir o consumo e a consequente geração.

5 Responsabilidade compartilhada e responsabilidade pós-consumo como sistemas de responsabilidade diferenciados

No 18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, Licenciamento, Ética e Sustentabilidade, realizado na cidade de São Paulo em 2013, os organizadores³² redigiram documento (a Carta de São Paulo) que trouxe nele encartada esta recomendação:

4. A responsabilidade compartilhada, prevista na Lei 12.305/10 (Resíduos sólidos), tem natureza preventiva e pressupõe a atribuição de diversas tarefas aos gestores públicos e aos empreendedores que, de alguma forma, concorrem para a geração dos resíduos sólidos, não devendo ser confundida com a responsabilidade civil solidária, incidente após a ocorrência do dano ambiental (BENJAMIN et al., 2013).

³² Coordenadores científicos do evento: Antonio Herman Benjamin, Carlos Teodoro, Jose Hugueney Irigaray, Eladio Lecey, Jose Eduardo Ismael Lutti e Silvia Cappelli.

A responsabilidade compartilhada e a responsabilidade pós-consumo são, portanto, “responsabilidades” distintas com momentos de incidência/configuração do ilícito, delimitação das consequências jurídicas, processo estatal impositivo e âmbitos espacial, material e de espécies normativas sancionatórias diferentes.³³ Coincidem apenas quanto aos bens jurídicos protegidos: saúde das populações, proteção ao meio ambiente e à vida em todas as suas configurações. São sistemas com funções e objetivos diversos.

Responsabilidade compartilhada pode ser entendida como responsabilidade preventiva na cadeia produtiva, em razão de incidir *antes* do dano ambiental, ao contrário da responsabilidade pós-consumo, que deflagra seus mecanismos sancionatórios *após* a ocorrência do dano ambiental. Para alguns, trata-se de “mecanismo de concretização preventiva da responsabilidade pós-consumo” (MOREIRA, 2011, p. 113). Com a devida vênia, não se trata de mecanismo, mas verdadeiramente de outra forma de responsabilização que a PNRS considera como exceção à responsabilidade ambiental civil tradicional, objetiva e solidária. Se as obrigações positivas estipuladas na Lei, nos acordos setoriais, termos de compromisso e regulamentos forem cumpridas de forma alinhada com a hierarquia na gestão dos resíduos³⁴ por todos os elos da cadeia de produção e consumo, fica afastada a responsabilidade pós-consumo de tais geradores de resíduos sólidos e incide a *responsabilidade compartilhada*, imbuída que é de todas as suas características – *responsabilidade subjetiva* e *não solidária*. Prejuízo (dano ambiental), se houver, será daquele gerador que não cumpriu com sua responsabilidade individualizada, embora encadeada com os demais geradores, e responderá somente pela parte que lhe cabe na cadeia de gestão de resíduos, conforme a disciplina legal. Prevalecem, portanto, as responsabilidades específicas estabelecidas para os sistemas de logística reversa de cunho predominantemente preventivo, antecipatório de danos e pela lei.

³³ Impossível aqui reproduzir em reduzido espaço todas essas diferenças. O que se fará é trazer o necessário para distingui-las. Para melhor entendê-las, ver nossa tese de doutorado defendida na PUC-SP, em 13 de junho de 2013, intitulada *Contornos jurídicos da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto prevista na Lei 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos – repercussões na responsabilidade pós-consumo*, sob a orientação do professor Carlos Ari Sundfeld.

³⁴ “Art. 9º. Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.”

Responsabilidade pós-consumo é um termo recorrente em políticas de gestão ambiental de resíduos e toma como definição ampla a responsabilidade do produtor/fabricante/importador de arcar com o ônus da gestão ambiental de seu produto após ser consumido.

Especificamente para os resíduos sólidos, cujo marco legal é a Lei nº 12.305/2010, pode-se também chamar responsabilidade pós-consumo de responsabilidade de *retaguarda*, cujo momento de incidência ocorrerá somente se a responsabilidade compartilhada entre os geradores de resíduos sólidos prevista na lei falhar.

O reconhecimento do direito de reparação vem revestido das características próprias da *responsabilidade pós-consumo*: *objetiva, com fundamento no risco da atividade, solidária e com previsão de reparação integral do dano*. Melhor dizer: responsabilidade cumulativa civil, administrativa e penal, de cunho predominantemente resarcitório/repressivo pelas condutas reprováveis causadoras de danosidade ambiental. A responsabilidade pós-consumo cumpre, portanto, função *repressiva* e com todos os contornos jurídicos da responsabilidade prevista no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981³⁵: responsabilidade objetiva e solidária.

No dizer de Yoshida (2012, p. 37):

A responsabilidade objetiva possibilita a responsabilização dos poluidores diretos e indiretos pelos danos causados, independentemente de culpa, e a solidariedade passiva consiste em benefício e facilidade instituídos em favor do credor (no caso a sociedade e os terceiros lesados pelos danos ambientais e sociais), pois possibilita imputar a um só coobrigado (geralmente o de maior capacidade econômica), a responsabilidade pela totalidade da obrigação de regularizar e reparar tais passivos decorrentes do descumprimento, por qualquer dos coobrigados, das normas e exigências ambientais e sociais. Sobra para o devedor solidário, que arcar com a reparação dos passivos, a via do regresso e da responsabilidade subjetiva para reaver dos demais codevedores a respectiva cota-parte.

Esse sistema de responsabilidade civil objetiva em prol dos interesses transindividuais amplia-se sobremaneira quando aliado à definição legal de poluição e de poluidor direto e indireto de forma abrangente disposta no art. 3º da Lei nº 6.938/1981³⁶, e,

³⁵ Art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o produtor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indemnizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

³⁶ "Art 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental."

consequentemente, do nexo de causalidade, e é facilitado pela adoção dos institutos da solidariedade passiva, da obrigação *propter rem*, da inversão do ônus da prova, entre outros.

A Lei nº 12.305/2010 trata da incidência da responsabilidade pós-consumo nas disposições transitórias e finais (arts. 51 a 53), dispositivos em que o legislador fez referência expressa à aplicação das responsabilidades civil objetiva, administrativa e penal ambientais com a introdução de disposições específicas no art. 56 da Lei nº 9.605/1998, o que enfatiza o momento de incidência da responsabilidade pós-consumo, quando todo o sistema preventivo previsto para a responsabilidade compartilhada nos atos normativos (acordos setoriais, termos de compromisso e regulamentos) instituidores da logística reversa falhar. As metas estabelecidas nos referidos vínculos de atributividade não foram cumpridas, isto é, não houve observância da hierarquia na gestão dos resíduos prevista no art. 9º da PNRS. Nos termos da lei:

Art. 51. Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta Lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial às fixadas na Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, e em seu regulamento.

Também o art. 52 assim dispõe: “A observância do disposto no *caput* do art. 23 e no § 2º do art. 39 desta Lei é considerada obrigação de relevante interesse ambiental para efeitos do art. 68 da Lei 9.605, de 1998, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis nas esferas penal e administrativa”. No art. 53 introduz alteração no § 1º do art. 56 da Lei nº 9.605/1998, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. 1.º Nas mesmas penas incorre quem: I – abandona os produtos ou substâncias referidos no *caput* ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança; II – manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento.

Portanto, se a situação fática exigir a análise dessas circunstâncias é porque venceu o prejuízo, o dano ambiental ocorreu, e o universal princípio *neminem laedere*³⁷ esmoreceu.

Como é cediço, há grandes dificuldades no estabelecimento do nexo de causalidade e do dano ambiental na responsabilidade pós-consumo. Segundo Benjamin (1998, p. 12, grifos nossos),

há quatro ordens de dificuldade propriamente ditas requisitando uma disciplina especial para o dano ambiental: a) a difícil identificação dos sujeitos da relação jurídica obrigacional, pois a “dobradinha” autor/vítima quase nunca aparece com seus contornos bem definidos (atuação coletiva e vitimização também coletiva, com a consequente fragmentação da responsabilidade e da titularidade), na medida que estamos diante de relações jurídicas poligonais ou multilaterais, próprias da sociedade pós-industrial; b) a exigência de caracterização da culpa do degradador, naqueles sistemas que ainda a exigem (não é o caso brasileiro³⁸, após a promulgação da Lei 6.938/81 e da Constituição Federal de 1988) [...]; c) a complexidade do nexo causal; d) *o caráter fluido e esquivo do dano ambiental em si mesmo considerado*.

O autor nomina as dificuldades na reparação do dano ambiental:

causadores plúrimos, quando não incertos (com múltiplas causas contribuindo para um efeito singular e causas singulares produzindo múltiplos efeitos), vítimas pulverizadas e por vezes totalmente anônimas, e dano de manifestação retardada ou de caráter cumulativo, atingindo não apenas a integridade patrimonial ou física de indivíduos, presentes e futuros, mas também interesses da sociedade em geral ou até a realidade abstrata do meio ambiente (dano ecológico puro) (BENJAMIN, 1998, p. 12).

Especificamente sobre os danos causados por resíduos gerados após o consumo, duas características bastante comuns são a caracterização após o transcurso de um longo período de tempo e a manifestação em locais longínquos daqueles em que estão instaladas as atividades produtoras.³⁹

³⁷ Não lesar a outrem.

³⁸ Agora passa também a existir com a previsão da responsabilidade compartilhada prevista na Lei nº 12.305/2010 – PNRS.

³⁹ Para saber sobre dano ambiental futuro, isto é, “é a expectativa de dano de caráter individual ou transindividual ao meio ambiente”, consultar Carvalho (2013). Segundo esse autor, os geradores de resíduos sólidos poderão responder civilmente frente a duas situações bem distintas: “uma situação lesiva atual capaz de irradiar efeitos (patrimoniais ou extrapatrimoniais) futuros e uma situação lesiva futura cuja probabilidade de ocorrência é desde já visualizada”. Situações em que o dano não é certo nem atual.

Apesar dessa ordem de dificuldade, existe a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade sem dano e dano sem responsabilidade.⁴⁰

Responsabilidade sem dano é aquela responsabilidade *preventiva* justificável quando se tratar de riscos inaceitáveis (graves e irreversíveis). A aparente contradição é resolvida porque os sistemas de sancionamento separam responsabilidade de indenização. Responsabilidade é responder por conduta reprovável, e indenização é o modo como o infrator irá efetivar essa resposta e se dará conforme o sistema. Pode ser respondendo *in natura*, de modo indenizatório etc. No Direito Ambiental, os princípios da prevenção e precaução justificam a implementação da responsabilidade civil em face de atividades potencialmente poluidoras, ainda que não haja um dano concreto (CARVALHO, 2013, p. 152-153), como é o caso de armazenamento inadequado de resíduos industriais.⁴¹

O inverso também pode ocorrer, dano sem responsabilidade. Implantado um sistema de logística reversa e com acordo/termo ou regulamento estruturando os vínculos entre os geradores conforme previsto na Lei nº 12.305/2010 e, mesmo assim, há dano. Os resíduos e rejeitos não diminuem. O consumidor não descarta adequadamente os materiais apesar de ter acesso a redes de coleta e suficiente informação sobre o descarte. Nesta situação, o fabricante do produto que compõe o sistema de fluxo reverso (pilha, lâmpada fluorescente, embalagem plástica de óleo lubrificante etc.) continua responsável, porque o Poder Público aplicará a responsabilidade objetiva e solidária (pós-consumo) e justamente em face do integrante do elo da cadeia detentor das melhores condições de reparar o dano, normalmente o produtor.

⁴⁰ Hipóteses retiradas de Lemos (2011, p. 203-208), mas com respaldo em Lopez (2010, p. 127-143).

⁴¹ Ilustra-se essa possibilidade com julgado do desembargador Torres de Carvalho do TJ-SP, relativo à imposição de multa por infração administrativa: "Anulatória – Multa ambiental – Caçapava – LE 997/76. DE 8.468/76, art. 2, 3, V, 51, 52 e 55. Armazenamento inadequado de resíduos industriais. 1 ... 2 ...3. Poluição ambiental. Armazenamento de resíduos sólidos. Nos termos do art. 51 e 52 do DE 8.468/76, não é permitido depositar, dispor, descarregar, enterrar ou infiltrar no solo resíduos em qualquer estado da matéria, desde que poluentes; e o solo só poderá ser utilizado como resíduo final de resíduos de qualquer natureza, se na forma adequada, sendo vedada a simples descarga ou depósito em propriedade pública ou particular. Tais resíduos são poluentes 'per se'. Dada a natureza orgânica ou inorgânica (borra do dissolutor de sal), pois focos de alteração da biota. – Sentença que extinguiu o processo sem análise do mérito (ilegitimidade passiva do DAEE), Recurso da autora desprovido em relação à CETESB" (ApCiv c/Ver 965.069-5/0-00. Comarca de Caçapava, Cam. Esp. do Meio Ambiente, j. 17.12.2009).

Yoshida (2012, p. 37) bem resume esses dois sistemas de responsabilização. Para ela trata-se da

utilização integrada dos sistemas de comando e controle e de responsabilidade ambiental repressivos (responsabilidade pós-consumo) e preventivos (responsabilidade compartilhada) respectivamente. Transição da lógica do descumprimento para a lógica do cumprimento das normas ambientais.

5.1 Operacionalização da distinção: direito subjetivo de exigir a implantação da logística reversa como mecanismo de controle social frente à danosidade ambiental

O art. 33 da PNRS dispõe que estão obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens, lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e produtos eletroeletrônicos e seus componentes. O parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe:

na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no *caput* serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

Pode o cidadão exigir dos grandes geradores de resíduos sólidos a implantação de sistemas de logística reversa por via judicial? A PNRS trabalha com uma visão prospectiva que privilegia a via do consenso, e não com uma visão retrospectiva que privilegia a via do dissenso. A previsão na lei da responsabilidade compartilhada está aí para provar essa afirmação. Todavia, nada impede a participação cidadã na implementação dessa política pública, se omissos o Estado ou os fabricantes/importadores prioritariamente permanecerem inertes em não incluir em sistemas de logística reversa produtos outros causadores de danos à saúde pública e ao meio ambiente. Os instrumentos são amplamente conhecidos: no caso do cidadão, por meio da ação popular prevista no art. 5º, LXIII, da CF e

no art. 1º da Lei nº 4.717/1965 e, no caso de uma associação, por meio da ação civil pública prevista no art. 5º da Lei nº 7.347/1985.⁴²

Situação como a há pouco referida já ocorreu antes mesmo da edição da PNRS para imputar responsabilização à empresa fabricante do produto que gerou a poluição, muito embora esta não a tenha causado diretamente. Trata-se de julgado singular do Tribunal de Justiça do Paraná, em acórdão de relatoria do des. Ivan Bortoleto (Apelação Cível 118.652-1), que firmou o entendimento de que a ré, uma *engarrafadora de refrigerantes*, deveria ser condenada a recolher 50% (cinquenta por cento) das embalagens PET que vendia, além de dever aplicar 20% (vinte por cento) de sua verba publicitária em propaganda sobre a necessidade de devolução das garrafas vazias.⁴³

Com relação às lâmpadas fluorescentes já foi também ajuizada ação civil pública pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em face de diversas empresas fabricantes desses produtos lá nos idos de 2006.⁴⁴ O juízo de 1º Grau deferiu a antecipação da tutela pleiteada pelo Ministério Público, mas o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cassou a liminar, sob o argumento de que não havia provas suficientes a caracterizar a verossimilhança das alegações. O processo foi extinto, sem resolução de mérito, nos termos do inciso VIII do art. 267 do Código de Processo Civil".⁴⁵

Como se escreveu atrás, nesse *momento reativo da sociedade*, o dano já ocorreu e então do que se fala aqui já não é mais responsabilidade compartilhada, e sim responsabilidade pós-consumo, momento do sancionamento repressivo. É isso que a responsabilidade compartilhada procura evitar. O relator decidiu com o rigor previsto para aplicação da responsabilidade pós-consumo, portanto nada mais prudente para os geradores de resíduos sólidos do que visualizar o futuro sob as asas de um ato de natureza negocial como é o acordo setorial ou regulamento que obrigatoriamente devem percorrer instância consensual prevista no Decreto nº 7.404/2010: ambos deverão ser objeto de consulta pública. O termo de compromisso não tem essa previsão, mas como visa possibilitar o retorno dos resíduos

⁴² Artigo que faz um apanhado da jurisprudência brasileira sobre o tema responsabilidade pós-consumo é o de autoria de Pinz, *A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira*, de 2012.

⁴³ Esse acórdão é comentado por Leitzinger (2010).

⁴⁴ TJ-RS, Processo 001/1.06.0143732-6, 16ª Vara Cível do Foro Central. Autor: Ministério Público. Rés: General Electric do Brasil Ltda, Osram do Brasil Companhia de Lâmpadas Elétricas Ltda, Philips do Brasil Ltda, Sadpink Eletroeletrônica Ltda e Sylvania do Brasil Iluminação Ltda. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

⁴⁵ Ver Steigleder et al. (2007).

sólidos para o setor empresarial, para fins de destinação ambientalmente adequada, é poderoso instrumento preventivo que os geradores de resíduos possuem para evitar a incidência da responsabilidade pós-consumo inclusive na hipótese de divergências com relação a sistemas de fluxos reversos já implantados.

6 Alguns problemas que se avizinham em decorrência do trato legal dado ao resíduo e ao rejeito

O Art. 3º, XVI, da PNRS define resíduos sólidos como material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou *se está obrigado a proceder*, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

Ora, há um grande problema a enfrentar na elaboração dos acordos setoriais, termos de compromisso e regulamentos, o qual já acarreta muita discussão. Qual fundamento empregar para estabelecer percentual de retorno de produtos para o fabricante/importador num edital de chamamento: obrigatoriedade de reciclar um percentual sobre os produtos que forem colocados no mercado ou sobre os produtos entregues pelo consumidor nos pontos de coleta? O consumidor pode não querer se desfazer dos produtos que adquiriu, e as indústrias, por consequência, não tem como saber com quem estão os produtos após a sua vida útil. A meta de retorno de produtos que parece mais viável é o percentual que os consumidores entregaram nos pontos de coleta.

Outra questão que trará sérios embates é a indefinição que a PNRS trouxe ao definir rejeito como resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada (Art. 3º, XV). Por consequência, entende-se que o legislador não *definiu* rejeito, forneceu as determinações mínimas e essenciais e, portanto, deu ares de *conceito* ao termo, isto é, de *conceito jurídico indeterminado*. Essa afirmação tem suporte nos termos empregados pela lei. São eles: “depois de esgotadas todas as possibilidades”, “processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis” e “não apresentem outra possibilidade que não [...]”. O legislador não descreve o que está abarcado pelas expressões. Essa subjetividade, como registra Del Bel (2012,

p. 490), "deixa sob incerteza jurídica diversas situações". O autor cita como exemplos:

Situação 1: aterro sanitário, privado ou municipal, que atende um único município, o qual não adotou ainda metas de reciclagem nem elaborou o plano municipal de gestão. Poderá continuar recebendo resíduos urbanos reaproveitáveis?

Situação 2: aterro sanitário, privado ou municipal, que atende vários municípios, cada qual em estágios diferentes de cobertura de coleta seletiva e capacidade de triagem de recicláveis. Poderá continuar recebendo resíduos urbanos reaproveitáveis?

Situação 3: município com usina de compostagem eficiente, mas sem mercado próximo para absorver toda a produção de composto. Poderá compostar só parte dos resíduos, classificar o restante como rejeito e dispô-lo em aterro sanitário?

Situação 4: indústria em região distante de empresas recicadoras. Poderá classificar seus resíduos industriais como rejeitos e dispô-los em aterro sanitário, alegando recuperação economicamente inviável em face do seu custo de transporte?

Situação 5: indústria em região próxima de empresas recicadoras, mas operando com prejuízo. Poderá classificar seus resíduos industriais como rejeitos e dispô-los em aterro, alegando recuperação economicamente inviável em face de sua própria situação econômica? (DEL BEL, 2012, p. 490-491)

Como afirma Del Bel (2012, p. 491):

Essa incerteza jurídica prejudicará indistintamente geradores, destinadores, serviços de limpeza urbana e agentes dos órgãos ambientais, pois todas as ações relacionadas aos rejeitos estarão sujeitas a interpretações imprevisíveis. Do mesmo modo, poderá servir de brecha para manter práticas inadequadas, seja no setor público ou no privado. Seria muito importante para o país fixar rapidamente uma interpretação clara do novo termo rejeito.

Por certo, essas questões serão destrinchadas com o porvir da aplicação da lei.

7 Situação jurídica almejada ou ponto ótimo na gestão de resíduos: não incidência da responsabilidade pós-consumo pelo uso da chamada “governança” e a participação cidadã no trato dos resíduos

Sinais de que o sistema do comando e controle repressivo/ressarcitório previsto para a responsabilidade pós-consumo pode

dar lugar a uma atuação preventiva/integradora e de sucesso pelo emprego da chamada “governança” há vários.

A Comissão sobre Governança Global da Organização das Nações Unidas conceitua governança como:

[...] totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É processo contínuo pelo qual é possível realizar ações cooperativas. Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996. p. 2).

Afirma Ribeiro (2011, p. 501) que “o maior sucesso em termos de efetividade dos instrumentos de responsabilidade ambiental está na desnecessidade de seu uso”.⁴⁶

Para Yoshida (2012), “O novo cenário que se descontina é o da construção da sustentabilidade em cadeia, alcançando os setores público e privado e buscando incentivar a disseminação da cultura do cumprimento das normas ambientais positivadas no direito brasileiro, de cunho obrigatório (normas de ordem pública), bem como dos compromissos voluntariamente assumidos pelos diferentes atores interessados”. Nas atuações da Administração Ambiental, do Ministério Público⁴⁷ e do Judiciário ganham espaço a celebração e

⁴⁶ Para saber mais sobre o uso da governança sob a ótica de atuação do Ministério Público, ver RIBEIRO (2011).

⁴⁷ A título de exemplo, recorda-se do caso relativo ao envase de cerveja em garrafas PET. Trata-se da Ação Civil Pública 2002.61.11.001467-2, em curso na Justiça Federal no Estado de São Paulo. A ação foi proposta pelo Ministério Púlico Federal em face da União Federal e do Ibama, com o objetivo de condicionar o licenciamento ambiental de atividades de envase de cerveja em embalagens plásticas à adoção de medidas, pelo empreendedor, destinadas a evitar os danos ambientais decorrentes da utilização dessas embalagens plásticas. Os pedidos foram julgados procedentes, determinando-se que (i) o Ministério da Agricultura condicione o registro de cerveja embalada em garrafa tipo PET – ou qualquer outra espécie de plástico – ao licenciamento ambiental junto ao Ibama, de modo a que este último (ii) condicione a concessão da licença ambiental à adoção, por parte dos empreendedores, de medidas eficazes, devidamente estabelecidas em Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (EIA/Rima), destinadas a evitar os danos ambientais que decorram da utilização de embalagens plásticas para o engarrafamento de cerveja. Trecho da sentença está disponível no Diário Eletrônico de Sentença de 05/06/08: <http://www.jfsp.gov.br/cgi-bin/consulta.cgi?Consulta=12&Mostra=1&Forum=16&NaoFrames=&Proc=200261110014672&Nr_Fase=115&Maximo=100>. Acesso em: 11 out. 2012.

o cumprimento adequados do Termo de Compromisso Ambiental (TCA), Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e acordos judiciais, respectivamente, abrangendo os setores público e privados, conforme o caso. Entre os agentes financeiros e econômicos surgem instrumentos “além do comando e controle estatais”, cuja celebração e implementação adequadas são movidas pelas vantagens econômicas (Avaliação Custo-Benefício – ACB) e pela lógica do mercado. São exemplos a adoção das políticas de responsabilidade socioambiental corporativa, dos sistemas de gestão ambiental (ISO 14.000, Produção Mais Limpa, entre outras), os “protocolos ambientais e, mais recentemente, os acordos setoriais previstos pela Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS (Lei 12.305/2010)” (YOSHIDA, 2012, p. 44, grifos nossos).

Ainda para Yoshida (2012, p. 45, grifos nossos),

o envolvimento deve ser de todos. Embora indispensável, não é suficiente a atuação do Ministério Público e das Organizações Não Governamentais na defesa dos interesses da coletividade. É preciso também fomentar a mobilização e o envolvimento dos agentes financeiros, econômicos, sociais e dos consumidores, organizados por setores de atividades e em cadeia, para potencialização dos resultados. Os agentes financiadores e os consumidores são os elos inicial e final da cadeia e têm papel fundamental na indução de comportamentos pautados pelos critérios de sustentabilidade, como exigência crescente do mercado e da sociedade contemporânea. Entre nós as atenções se voltam para a conscientização do consumidor, e as políticas e programas para o desenvolvimento do *consumo consciente ou responsável* estão ainda em fase incipiente e são de evolução complexa.

Reveste-se de suma importância a participação da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL como promotora da *sustentabilidade* ao integrar/dispor dos instrumentos descritos, em razão de ser o principal agente promotor das políticas de fomento do Governo Federal disseminadas em singular rede capilar que a empresa possui no território nacional. O poder indutor que a estatal detém é incomum (!) e, se bem trabalhado, com *eficiência* e *eficácia*, ajusta-se com perfeição aos ditames da novel Lei nº 12.305/2010 e ao que ela prioriza: a função preventiva e não repressiva no trato da questão dos resíduos sólidos.

Deve prevalecer, portanto, o incentivo à contínua formação de uma cidadania participativa. Fora a governança, a participação cidadã na vigilância de manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado e, portanto, sem a ocorrência de danos

ambientais intoleráveis incapazes de fomentar a regeneração do meio ambiente degradado pode se dar pelo emprego de instrumentos jurídicos aos quais já se fez referência e que são, no caso do cidadão, a ação popular prevista no art. 5º, LXIII, da CF e no art. 1º da Lei nº 4.717/1965 e, no caso de uma associação, por meio da ação civil pública prevista no art. 5º da Lei nº 7.347/1985.⁴⁸

Conclusão

A sociedade produz resíduos demais em consequência de padrões de produção e consumo insustentáveis. *Resíduo é custo*. Em uma elementar fórmula aritmética, resíduo é matéria-prima menos o produto fabricado. A produção é mais rentável se há redução de resíduo com base no ciclo de vida dos produtos. A PNRS é a lei de referência na matéria sobre resíduos sólidos e instaura no ordenamento jurídico brasileiro o marco regulatório sobre essa questão crucial para o desenvolvimento sustentável do Brasil.

Como se disse, há uma mudança de paradigma da tutela resarcitória/repressiva amparada por uma responsabilidade objetiva e solidária para ênfase em uma tutela preventiva calcada em uma responsabilidade subjetiva, não solidária, dos gestores de risco e a consequente ampliação das esferas de responsabilização cumulativas – civil, administrativa, penal e de improbidade ambiental, incidentes na responsabilidade “*de retaguarda*” pós-consumo, para incluir agora a chamada responsabilidade “*de guarda*” compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. Diz-se “*de guarda*” porque compactua com a função promocional do Direito defendida por Norberto Bobbio.

A PNRS traz ínsitos estímulos à sociedade desenvolver-se. Exemplifica-se:

1 – Pela expansão da atividade de fomento em razão da atuação estatal diferenciada que a incidência das prescrições da PNRS promove nos serviços públicos, como é o caso da educação, por exemplo. Não custa lembrar que fomento é uma função administrativa caracterizada pela ausência de compulsoriedade na ação

⁴⁸ Exemplo: Processo 2013.01.1.016885-2. “O Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática ajuizou ação contra a Apple acusando-a de realizar “prática comercial abusiva” no lançamento do iPad de quarta geração. A ação está na 12ª Vara Cível de Brasília e o juízo negou a liminar requerida. Na ação, foi citado o conceito de ‘obsolescência programada’. Do modelo original para o iPad 2 foram 14 meses; o da terceira geração chegou um ano depois e sete meses depois veio um novo modelo.” Também disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17_MI172979_11049-Apple+e+processada+por+evoluir+o+iPad+rápido+demais>. Acesso em: 24 abr. 2014.

do Estado. Não é uma função social imposta à sociedade. O Estado a ninguém obriga valer-se dos instrumentos jurídicos de incentivo, “pois se está no campo da administração consensual, que se distingue da imperativa e de certa forma pode superá-la em eficiência, dependendo do objetivo que se proponha a alcançar”, nas palavras de Moreira Neto (2006, p. 524);

2 – Pela importância do apoio à implantação de consórcios interfederativos, consubstanciada no art. 45 da PNRS. (Ver relatório de monitoramento do TCU – Tribunal de Contas da União 029.173/2010-8, ACÓRDÃO 2.067/2008 e a instituição de medidas indutoras e linhas de financiamento para atendimento das diretrizes preconizadas na lei⁴⁹);

3 – Pelo amplo emprego das competências das pessoas políticas na concessão de incentivos fiscais, financeiros ou creditícios previsto no art. 44 da Lei;

4 – Pelo estímulo à formação de novos mercados entre os geradores de resíduos sólidos privados, mas que devem observar os princípios da atividade econômica nas suas novas formas associativas, para que não haja violação à concorrência,⁵⁰ situação que ocorre quando o comportamento da nova pessoa jurídica constituída implique ou possa implicar distorção das estruturas concorrenenciais do mercado. Exemplo: constituição da Associação Brasileira de Reciclagem de Eletrodomésticos e Eletroeletrônicos (ABREE) autorizada pelo Ato de Concentração n. 08012.007477/2011-50 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) reunindo as empresas de eletrodomésticos e eletroeletrônicos.⁵¹

A Lei nº 12.305/2010 obrigará que haja revisão dos contratos de concessão (comum e PPP – Parcerias Público-Privadas, instituídas pela

⁴⁹ Acórdão 2.067/2008-Plenário, prolatado quando da apreciação do Relatório de Auditoria Operacional na Funasa sobre a Ação “Implantação e Melhoria de Sistemas Públicos de Manejo de Resíduos Sólidos em Municípios de até 50.000 Habitantes”. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/saneamento>. Acesso em: 24 abr. 2014.

⁵⁰ Art. 173, § 4º da CF: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

⁵¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – A possibilidade de constituição da Associação Brasileira de Reciclagem de Eletrodomésticos e Eletroeletrônicos. Ato de Concentração n. 08012.007477/2011-50 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Requerentes: Eletrolux do Brasil S.A., Mabe do Brasil Eletrodomésticos Ltda., Panasonic do Brasil Ltda., Philips do Brasil Ltda., Grupo SEB do Brasil – Produtos Domésticos Ltda., Springer Carrier Ltda., Tec Toy S.A. e Whirlpool S.A. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Publicado na *Revista de Direito Administrativo*, Editora FGV Direito Rio, p. 361 a 380, maio-ago. 2012.

Lei nº 11.079/2004) vigentes em razão de os concessionários assumirem obrigações novas neles não previstas (TURSI, 2012, p. 15-16).

A Lei prevê término dos “lixões” em agosto de 2014. Não haverá mais depósito de resíduos, somente de rejeitos.

A PNRS obrigará também uma readequação da legislação anterior com ela conflitante por constituir-se no marco regulatório dos resíduos sólidos, conforme § 2º do art. 2º da Lei de Introdução – Decreto-Lei nº 4.657/1942, “*lex specialis derogat legi generali*”.

E, em último fôlego e com auxílio de Benjamin (2011, p. 70), pergunta-se: “as alterações legislativas ou políticas de implementação (da PNRS) mantêm ou ampliam as garantias do meio ambiente?” Se a resposta for sim, a PNRS não é política que conduz à degradação ambiental, ao contrário, dá concretude ao princípio da proibição do retrocesso por não promover dispêndios de escassos recursos financeiros públicos, mas em poupança dos recursos materiais que ainda existem pela melhoria da qualidade ambiental.

Com base na perspectiva de afirmação de um modelo de responsabilização preventivo no trato dos resíduos – antes da ocorrência do dano ambiental – é que esse esboço foi elaborado.

Referências

ANDRADE, Márcia Vieira Marx. As normas de proteção ambiental e sua efetividade – A frustração ambiental. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, ano 4, n. 16, out.-dez. 2009.

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; JURAS, Ilidja da Ascenção Garrido Martins. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. In: YOSHIDA, Consuelo; JARDIM, Arnaldo; MACHADO FILHO, José Valverde (Ed.). **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. Barueri: Manole, 2012.

_____. **Comentários à Lei dos Resíduos Sólidos**. Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010 (e seu regulamento). São Paulo: Pillares, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **A frustração constitucional**. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, Editora RT, ano 3, n. 9, p. 26-44, jan.-mar. 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Princípio da proibição do retrocesso**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/47352/principio_proibicao_retrocesso_benjamin.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 abr. 2013.

- BENJAMIN, Antonio Herman et al. **18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, Licenciamento, Ética e Sustentabilidade.** São Paulo, 2013.
- CARVALHO, Délon Winter de. **Dano ambiental futuro – A responsabilização civil pelo risco ambiental.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa Comunidade Global – O Relatório da Comissão sobre Governança Global.** Rio de Janeiro: FGV, 1996.
- DEL BEL, Diógenes. Disposição final de rejeitos. In: YOSHIDA, Consuelo; JARDIM, Arnaldo; MACHADO FILHO, José Valverde (Ed.). **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos.** Barueri: Manole, 2012. p. 483-500.
- GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente.** Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- JURAS, Ilidia da Ascenção Garrido Martins. Legislação sobre resíduos sólidos: a Lei 12.305/2010 e exemplos de países desenvolvidos. **Cadernos Aslegis**, n. 45, p. 121-146, jan./abr. 2012.
- LEITE, Paulo Roberto. Logística reversa na atualidade. In: YOSHIDA, Consuelo; JARDIM, Arnaldo; MACHADO FILHO, José Valverde (Ed.). **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos.** Barueri: Manole, 2012. p. 337-365.
- LEITZINGER, Márcia Gieguez. Responsabilidade pós-consumo. In: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). **Julgamentos históricos do direito ambiental.** Campinas/SP: Millenium, 2010. p. 123-136.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo.** São Paulo: RT, 2011.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LOUBET, Luciano Furtado. **Logística reversa (responsabilidade pós-consumo) frente ao direito ambiental brasileiro.** Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: mar. 2011.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco - doutrina, jurisprudência, glossário.** São Paulo: RT, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA, Danielle de Andrade. Responsabilidade ambiental pós-consumo. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL – PNMA – 30 anos da Política Nacional de Meio Ambiente, 16., 2011, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2011. v. 1. p. 107-125.
- _____. Responsabilidade ambiental pós-consumo: aspectos preventivos no âmbito do licenciamento ambiental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL – Licenciamento, Ética e Sustentabilidade, 18., 2013, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Imprensa Ofi-

cial do Estado de São Paulo, 2013. v. 1.

PINZ, Greice Moreira. A responsabilidade ambiental pós-consumo e sua concretização na jurisprudência brasileira. **Revista de Direito Ambiental** – RDA – ano 17, 65, p. 153-213, jan.-mar. 2012.

RIBEIRO, Daniel Lima. Na fronteira e além da responsabilidade ambiental. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J.S.; REIS, Antônio Augusto. **Tópicos de direito ambiental** – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 479-503.

SOLER, Fabrício Dorado; SILVA FILHO, Carlos Roberto Vieira da. **Gestão de resíduos sólidos**: o que diz a lei. São Paulo: Trevisan Editora, 2012.

SOLER, Fabricio; MACHADO FILHO, José Valverde; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. Acordos setoriais, regulamentos e termos de compromisso. In: YOSHIDA, Consuelo; JARDIM, Arnaldo; MACHADO FILHO, José Valverde (Ed.). **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. Barueri: Manole, 2012. p. 79-101.

SOUZA, André Vivian de; CASTRO, Fernando Botelho Penteado e. **Po-**

lítica de resíduos sólidos é um marco abrangente. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-19/politica-nacional-residuos-solidos-marco-regulatorio>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro et al. Responsabilidade pós-consumo: Ação Civil Pública para impor aos fabricantes de lâmpadas fluorescentes a responsabilidade por sua destinação final. **Revista de Direito Ambiental**, n. 47, p. 283-297, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TURSI, Oswaldo Lelis. **A lei de resíduos sólidos e os contratos vigentes**. 2012. Disponível em: <www.acopesp.org.br/artigos/artigo%20201%lelis.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2012.

YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato. Responsabilidades solidária e compartilhada na gestão público-privada da sustentabilidade: a perspectiva da abordagem setorial e em cadeia no agronegócio (dos agentes financeiros aos consumidores). In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL – Código Florestal, 17., 2012, São Paulo. **Anais...** São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. 2 v. v. 1.

Da irrelevância da ordem de termos na cláusula mandatícia para receber e dar quitção

Luís Gustavo Franco

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Mestre em Direito pela Universidade Federal
de Santa Catarina*

RESUMO

A partir de um alerta sobre a hipotética dissonância de conteúdo entre cláusulas mandatícias expressas de forma diferente, realizamos um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o caso. A questão é um tanto específica, porém bastante presente na lide forense, com relato de vários advogados que já enfrentaram dificuldades no momento de levantar depósitos judiciais, por pretensa ausência de poderes para realização do ato. Este artigo busca construir, com argumentos técnicos, um entendimento capaz de gerar consenso entre as diversas partes envolvidas (clientes, advogados, Poder Judiciário e instituições depositárias) em torno da equivalência das cláusulas “receber e dar quitção” e “dar e receber quitção”.

Palavras-chave: Mandato. Procuração *ad judicia*. Poderes especiais e expressos. Pagamento e quitão.

ABSTRACT

After an alert issued over the hypothetical dissonance of terms included in the clauses of power of attorney expressed differently, we then proceeded to a doctrinaire and jurisprudential study of case. It's a somewhat specific question, although quite explicitly present in forensic daily chores, for we've had notice of a considerable number of fellow lawyers who have undergone a number of difficulties to withdraw money in judicial deposit due to the supposed absence of specific powers to do so. This article means to achieve an understanding able to attract broad consensus among stakeholders (clients, lawyers, the Judiciary and depositary institutions), based on comprehensive technical arguments about the equivalency of the clause terms “receiving and giving discharge” and “giving and receiving discharge”.¹

¹ Em inglês, essa controvérsia não existiria, uma vez que existe o termo “acquittance” como sinônimo de “dar quitção”. Então, ou se teria a cláusula “receiving and acquittance”, em que “receber” seria de fato situação diversa e independente de “dar quitção”, ou a cláusula “receiving and

Keywords: Mandate. Power of attorney with an *ad judicia* clause. Special and express powers. Payment and discharge.

Introdução

Sempre que um ato jurídico se realize por interposta pessoa, coloca-se o problema da análise da legitimidade da pessoa para a realização do ato. No caso de poderes conferidos por meio de procuração, põe-se a questão adicional de interpretar o teor do mandato, por meio da análise de cláusulas específicas e sua extensão.

A preocupação de terceiros tem razão de ser, sobretudo em se tratando de levantamento de depósitos judiciais, caso em que o Poder Judiciário e instituição financeira depositária podem ser condenados solidariamente a restituir valores pagos de forma não autorizada ou em desacordo com o conteúdo da procuração.

Ocorre que essa preocupação não pode se mostrar exacerbada, a ponto de negar validade ao negócio firmado entre cliente (mandante) e advogado (mandatário), em desarrazoada ditadura da forma em detrimento do conteúdo, como se poder algum fosse conferido se determinados termos não estivessem transcritos deste ou daquele modo.

Neste sentido, passo a analisar a eficácia jurídica de cláusula mandatária, disposta em procuração *ad judicia*, acerca de poderes especiais para “receber e dar quitação”, como forma substancialmente equivalente a “dar e receber quitação”, em contrário à tese de que ambas teriam significados diversos e somente a primeira expressão autorizaria o recebimento de valores pelo mandatário.

1 Da controvérsia aparente

Em pesquisa sobre o tema, não identifiquei repercussão relevante ou conflito jurisprudencial significativo em instância superior. No Superior Tribunal de Justiça existem apenas dois julgados que referem a existência de poderes de “dar e receber quitação”, não sendo qualquer deles tido como impeditivo para a realização do ato que se pretendia ao argumento de que a legitimidade decorreria apenas se constantes poderes para “receber e dar quitação”.

No primeiro caso, a despeito do advogado ter poderes para “dar e receber quitação”, o problema havido foi o estado fático de

giving discharge” / “giving and receiving discharge” com o mesmo sentido (receber e dar quitação / dar e receber quitação), como se defende no presente artigo.

desaparecimento do representado, caso em que o valor levantado não poderia ser repassado ao cliente:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ACIDENTÁRIA. ADVOGADO. PROCURAÇÃO. **PODERES PARA DAR E RECEBER QUITAÇÃO.** DIREITO AO LEVANTAMENTO DA VERBA DEPOSITADA. SEGURADO NÃO ENCONTRADO.

I - Afigura-se correta a decisão que indefere o pedido formulado pelo advogado para o levantamento integral do dinheiro depositado pelo INSS em favor do segurado, tendo em vista que este se encontra desaparecido, e o profissional não terá como repassar a quantia ao seu cliente.

II - Hipótese em que, ademais, foi deferida a retirada de 15% sobre o montante, referentes aos honorários advocatícios.

Recurso desprovido. (REsp 212.694/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11/04/2000, DJ 15/05/2000, p. 182, grifos nossos).

No caso mais recente, é igualmente referida a existência de procuração com poderes para “dar e receber quitação”, sendo o cerne do julgamento a autonomia do advogado para executar verbas honorárias devidas a título de sucumbência:

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL PROMOVIDA PELA PARTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: LEVANTAMENTO PELO ADVOGADO – ART. 23 DA LEI 8.906/94 – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROCURAÇÃO COM **PODERES ESPECIAIS PARA DAR E RECEBER QUITAÇÃO** – DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO.

1. Não se configura o dissídio jurisprudencial quando não demonstrada a similitude fática entre acórdãos confrontados.

2. **Acórdão recorrido que indeferiu expedição de alvará em nome de advogado, em execução de título judicial promovida pela parte, porque não apresentada procuração com poderes especiais para dar e receber quitação.**

3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, a teor do art. 23 da Lei 8.906/94, os honorários sucumbenciais fixados na sentença transitada em julgado é direito autônomo do advogado, podendo a execução, nesse particular, ser promovida tanto pela parte quanto pelo próprio advogado. Assim, mesmo promovida pela parte, é possível o levantamento ou expedição de precatório dos honorários em nome do advogado, independentemente da apresentação de procuração com poderes especiais.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 874.462/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 18/11/2008).

Note-se que, em ambos os casos, não somente não houve discussão em relação à ordem dos poderes, como também a existência de poderes de “dar e receber quitação” foi entendida como condição satisfatória da exigência legal de poderes especiais para a prática do ato.

2 Dos precedentes jurisprudenciais em sentido diverso

Uma vez que a divergência não é conhecida atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça, efetuei pesquisa mais ampla intentando localizar precedente jurisprudencial alinhado à diversa interpretação. Novamente, encontrei referência a dois julgados.

O primeiro julgado é do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, então sediado no Rio de Janeiro, e data de 9 de abril de 1957, época em que ainda vigia o Código de Processo Civil de 1939 (a redação do artigo 108 corresponde à atual redação do artigo 38 do Código de Processo Civil de 1973).

Trata-se da Apelação Cível 39797, indicada por De Paula (1976, p. 163). Moniz de Aragão (2003, p. 85-90) completa a referência indicando a publicação do julgado no DJ de 27/03/1958, p. 1357.

Nesse julgado, a controvérsia girava em torno de pagamento de perdas e danos. O advogado do exequente levantou a conta da parte líquida da sentença e apresentou artigos para liquidação do restante, dispondo de poderes de “dar recibos e quitações”. A parte executada alegou que nada mais devia, em face de recibo em que se deu “plena e geral quitação para nada mais reclamar, de quem quer que seja, sob qualquer fundamento ou pretexto”. O Tribunal decidiu que a quitação ficava restrita aos valores líquidos levantados da conta, uma vez que o advogado tinha poderes para “dar recibos e quitações”, mas não os tinha para “transigir”. Ou seja: com poderes para “dar recibos e quitações”, o advogado foi julgado apto a receber o pagamento, muito embora a procuração sequer referisse o termo “receber”, tal como existente no artigo 108 do então Código de Processo Civil de 1939.

O segundo julgado é do igualmente extinto Tribunal Federal de Recursos, data de 30/11/1988 e é citado em comentários de dois eminentes processualistas ora transcritos:

Art. 38, 11a: **Há um acórdão entendendo que “A cláusula de ‘dar e receber quitação’, evidentemente, não é a mesma que ‘receber e dar quitação’. Somente esta última é que confere ao advogado poder de receber importância em nome de seu cliente”.** (TFR, 1^a Seção, MS 124706-RS, rel. Min. Carlos Thibau, v. u., j. 30.11.1988, DJU 20.3.1989, p. 3726).

Art. 38, 11b: “O advogado legalmente constituído, com poderes na procuração para receber e dar quitação, tem direito inviolável à expedição de alvará em seu nome, a fim de levantar depósitos judiciais e extrajudiciais” (RSTJ 53/413 e STJ-RJ 195/55, Bol. AASP 1942/81j). O voto do relator, em RSTJ 53/413, invoca os arts. 653 a 661 §1º do CC (CC rev. 934, 1288 e 1295 §1º), 36 e 38 do CPC e 70 §5º da Lei 4215/63 (esta última foi revogada).

No mesmo sentido: STJ-Bol. AASP 2049/524j, maioria; RT 704/139, 722/220, 824/281.

É ilegal a portaria judicial determinando que o pagamento seja feito à parte e não ao seu advogado, se a procuração deste expressamente lhe conferir poderes para receber e dar quitação (RTRF 3ª Região 5/219). (NEGRÃO; GOUVÉA, 2006, p. 172, grifos nossos).

5. Receber e dar quitação. Da procuração deve constar a cláusula que confere poderes ao procurador para receber e dar quitação, independentemente da ordem em que essas expressões constem do instrumento do mandato (“receber e dar quitação” ou “dar e receber quitação”). O procurador que receber esses poderes está autorizado tanto a fazer como receber pagamento: “Se o receber, *dará* quitação; se o efetuar, *receberá* quitação” (Moniz de Aragão, RP 111/15). **Em sentido contrário, entendendo que para que sejam conferidos os poderes de receber e dar quitação seria necessário que essas expressões estivessem contidas, nessa ordem, na procuração:** ex-TFR, 1ª Seção, MS 124706-RS, rel. Min. Carlos Thibau, v. u., j. 30.11.1988, DJU 20.3.1989, p. 3726, in Negrão, CPC, art. 38, nota 11a, p. 151. (NERY JUNIOR, 2008, p. 245, grifos nossos).

Nesse caso, com poderes para “dar e receber quitação” os advogados do feito foram tidos como não habilitados a receber pagamento, porque “em suas procurações não constaria o poder especial de receber importâncias”.

A respeito desse julgado, transcrevemos a definitiva lição do mestre Moniz de Aragão, no já citado estudo, que por amplamente referenciado pela doutrina especializada, assim como pelo absoluto rigor técnico, vasta fundamentação e completo exercício argumentativo em sucintas páginas, recomendamos como leitura complementar sobre o assunto:

Passando à equação e solução do problema inicialmente posto, tenho na conta de irrecusável que a outorga ao procurador de poderes para dar ou para receber quitação habilita-o tanto a receber pagamento – *lato sensu* – como a efetuá-lo. Se o receber, *dará* quitação; se o efetuar, *receberá* quitação. Pelo que julgou o Tribu-

nal Federal de Recursos, para poder receber pagamento seria indispensável que o verbo *receber* fosse não só inserido no texto como nele inscrito na mesma posição, na mesma ordem em que o situa a lei em seu teor. Pois bem, aplicado esse raciocínio formalístico à dita cláusula, teríamos esta consequência: **procurador habilitado a receber pagamento não está autorizado a efetuá-lo.** Logo, o mesmo tribunal não reputaria eficaz pagamento efetuado por quem não tem poderes expressos e explícitos para *pagar*. Mais ainda: quem paga, recebe, não dá quitação. Pelo entendimento formalístico do Tribunal, quem tiver poderes para dar, não os tem para receber quitação. Essas considerações, parece-me, mostram que, por levar a letra a ferro e fogo, a Corte lançou o disco muito além do ponto a que ela própria chegaria se meditasse o que afirmou – **afirmação esta que o Tribunal teve na conta de evidente, o que me parece inadmissível, pois tal vocábulo exprime o grau máximo da certeza** (“a evidência é o resplendor do verdadeiro”) [Régis Jolivet, *Curso de Filosofia*, trad. de Eduardo Prado de Mendonça, 11ª edição, Rio de Janeiro, Liv. Agir Ed., 1972, n. 39, p. 69] e só poderia ser empregado, portanto, se a conclusão (inaceitável, insista-se) não comportasse a mais mínima dúvida, o que obviamente não acontece.

Examinemos a questão por outro ângulo: **o outorgante do mandato confere poderes para “dar e receber quitação” e descobre, depois, que poder algum concedera, visto que, pelo raciocínio do Tribunal Federal de Recursos, o procurador assim constituído nada poderia receber; por consequência, nenhuma quitação poderia dar.** Do mesmo modo, desprovido ficaria ele de autoridade para efetuar pagamento, ato de disposição patrimonial que também exige poderes expressos e explícitos (para o Tribunal, o de “*pagar*”) e, por conseguinte, não poderia receber quitação. Em suma: a outorga de tais poderes – dar e receber quitação – seria inócuia na medida em que prevaleça o rigor exasperadamente formal das impensadas afirmações contidas no aludido julgamento. [...]

Convenhamos que não é sensato reduzir a zero a eficácia da manifestação de vontade do mandante, que confere poderes ao mandatário para dar quitação e este não pode fazê-lo por ausência de poderes para “receber” pagamento; e que lhe confere poderes para receber quitação mas esta não pode ser recebida, por ausência de poderes para “efetuar” pagamento. [...]

Sensato parece-me, isto sim, a decisão do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, que não se enredou em formalismos e nada viu de irregular em o advogado da parte “receber” pagamento, provido que estava de

poderes para “dar recibos e quitações. (MONIZ DE ARAGÃO, 2003, p. 87-88, grifos nossos).

3 Do atual tratamento jurisprudencial sobre a questão

A fim de atualizar o debate, permitimo-nos consultar e reproduzir a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (na ordem inversa de julgados, do mais recente ao mais antigo), considerada significativa dada a recorrência das manifestações e a diversidade de argumentos lançados em ementas que conduzem, inequivocamente, sempre à mesma conclusão:

DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EXIGÊNCIA DE QUE O ADVOGADO APRESENTE PROCURAÇÃO CONTENDO OS PODERES DE RECEBER E DAR QUITAÇÃO DE VALORES QUANDO O INSTRUMENTO PROCURATÓRIO DOS AUTOS JÁ CONTÉM OS PODERES DE DAR E RECEBER QUITAÇÃO. FORMALISMO EXCESSIVO. **Contendo a procuração anexada aos autos os poderes previstos no artigo 38 do CPC, mais os de finalidade específica e os especiais de dar e receber quitação, é dispensável a apresentação de novo instrumento contendo os poderes específicos de dar e receber quitação de valores, uma vez que quem pode dar e receber quitação pode fazê-lo quanto ao montante recebido através de alvará.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, NA FORMA DO ARTIGO 557, §1-A, DO CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70058016809, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Laís Ethel Corrêa Pias, julgado em 25/04/2014, grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. JUNTADA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS PARA “RECEBER E DAR QUITAÇÃO”. DESNECESSIDADE. Se a parte credora outorga poderes especiais ao seu procurador para “dar e receber quitação”, como se verifica na espécie, patente que se trata de poderes para receber o valor e dar a quitação da dívida e não somente para receber a quitação e dar a quitação. **Interpretação diversa se afigura inócula, uma vez que “receber quitação” não se configura um poder especial, mas mera consequência que decorre do ato de pagar a dívida por parte do devedor.** DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70047188966, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Helena Marta Suarez Maciel, julgado em 22/05/2012, grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. EXECUÇÃO. LEVANTAMENTO DOS VALORES. PROCURAÇÃO. ART. 38 DO CPC. **Inexiste diferença entre as expressões “dar e receber quitação” e “receber e dar quitação”, devendo ser afastado tal formalismo.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70048240436, Terceira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Angela Maria Silveira, julgado em 11/04/2012, grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ALVARÁ PARA LEVANTAMENTO DE VALORES. PODERES ESPECIAIS. “RECEBER E DAR QUITAÇÃO”. **Os poderes especiais para “receber e dar quitação” dirigem-se a uma mesma pessoa, qual seja, o credor.** É o credor quem recebe (o valor) e “dá quitação” (da dívida). Se a parte credora outorga poderes especiais aos seus procuradores para “dar e receber quitação”, por evidente, trata-se de poderes para receber o valor e dar a quitação da dívida, e não receber a quitação e dar a quitação. A interpretação a contrário sensu não encontra significado lógico, porquanto “receber quitação”, no caso, não é um poder especial, mas mera consequência que decorre do ato de pagar a dívida por parte do devedor. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70031929003, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Rui Portanova, julgado em 28/08/2009, grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTRUMENTO DE MANDADO. PODERES ESPECIAIS PARA DAR E RECEBER QUITAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ EM NOME DE ADVOGADO. É cabível a expedição de alvará em nome de advogado regularmente constituído com poderes especiais para receber e dar quitação, nos termos do art. 38 do CPC e do art. 623 da Consolidação Normativa Judicital. **Caso em que o fato de constar da procuração poderes para “dar quitação, receber...” em vez de “receber e dar quitação”, não impede a expedição do alvará em nome do procurador, pois o deslocamento dos termos não alterou a interpretação a ser extraída.** Agravo de instrumento provido, de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70023120116, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Artur Arnildo Ludwig, julgado em 14/02/2008, grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO. PODERES ESPECIAIS PARA DAR E RECEBER QUITAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ EM NOME DE ADVOGADO. POSSIBILIDADE. É cabível a expedição de alvará em nome de advogado regularmente constituído com poderes especiais para receber e dar quitação, nos termos do art. 38 do CPC e do art. 623 do CNCJ. **Hipótese em que o fato**

de constar da procuração poderes para dar e receber quitação, em detrimento de receber e dar quitação, não impede a expedição do alvará em nome do procurador, pois têm o mesmo significado. Agravo de instrumento provido, de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70011036480, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Jorge Luís Dall'Agnol, julgado em 02/03/2005).

Por certo que é de se admitir o dissenso em torno de alguns dos argumentos apresentados, razão pela qual buscarei objetivar a discussão, valendo-me dos conhecidos critérios de exegese, a fim de determinar se existe, do ponto de vista técnico, melhor hermenêutica a se extrair como interpretação definitiva para a questão.

4 Da análise do problema posto à luz dos métodos de interpretação

Do ponto de vista histórico, a questão já foi devidamente reconstruída por meio dos julgados referidos ao longo da presente manifestação. Com efeito, considerando que a mais representativa expressão da interpretação em sentido adverso é de um julgado com mais de 25 anos e de um tribunal extinto, temos que padece de robustez e significância a corrente defendida a contrario sensu.

Em termos de interpretação gramatical, manda-nos a técnica que a interpretação se faça de forma literal e restritiva. Essa literalidade e restritividade não se tomam por exigência de maior especificidade na estipulação dos poderes, caso em que o mandatário que detivesse poderes de simplesmente “receber” não os teria para receber “valores (1) em moeda corrente (2) nacional (3)”, dadas as três condicionantes passíveis de explicitação e especialização. Isso inaugurararia um caminho sem fim (e aparentemente é a trilha que se segue ao suscitar que “valores” seria o complemento de “receber”).

Veja-se que a literalidade e restritividade impostas pela interpretação gramatical se cumprem justamente quando não se autoriza a expansão do quanto dito, não se permitindo incluir elementos diversos ou subentender complementos implícitos (como se faz em relação a “receber (valores)”), tanto mais estando expresso um complemento posterior que é plenamente cabível (“receber (e dar) quitação”).

Se “receber” fosse verbo intransitivo, admitir-se-ia que “receber” e “dar quitação” seriam situações autônomas e que qualquer coisa pudesse ser recebida (inclusive “valores”), mas considerando que “receber” e “dar” são verbos transitivos diretos, ligados por uma conjunção aditiva “e”, é corolário lógico que ambos têm o

mesmo complemento (“quitação”), sendo a mesma coisa “receber e dar quitação” ou “dar e receber quitação”.

Essa interpretação confere significado jurídico distinto às expressões “dar quitação” e “receber quitação”, no que fica evidente o dissenso referido a um dos argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (de que “receber quitação” não seria um poder especial e mera consequência do ato de pagar), o qual será oportunamente enfrentado.

Ademais, se fosse legítima a inserção de elemento estranho (“valor”, “importância” ou “pagamento”), qualquer outro poderia ser invocado, inclusive de modo mais apropriado, como recebimento de “alvará”, de “ordem de levantamento” ou de “mandado judicial”, dos quais efetivamente o advogado estaria a dar quitação em nome da parte (lembremos estar tratando de poderes conferidos em procuração *ad judicia*, portanto para prática de atos processuais).

De igual modo, é de se considerar que “receber pagamento” não é ato processual em sentido estrito, uma vez que não ocorre naturalmente em todo processo, logo não haveria como se estipular por meio do Código de Processo Civil que fosse erigido à condição de ato cuja prática demandasse poder especial.

Por fim, interpretação nesse sentido afastaria a riqueza de hipóteses em que se poderia invocar o vocábulo, como todos os atos decorrentes de cumprimento de obrigações de dar (diferente de “valor”, “importância”, “dinheiro”) ou de obrigações de fazer. Cito, a título de ilustração, todos os casos em que os advogados não estariam legitimados a dar ou receber quitação em causas com natureza satisfativa, como prestação de contas ou exibição de documentos (valeriam apenas se e quando feitos pessoalmente à parte representada, fora dos autos).

A solução que adiante apresentamos pretende conjugar os elementos lógico, argumentativo, sistemático e teleológico, razão por que se a reputa a tecnicamente mais adequada para o caso em concreto.

Está fora de controvérsia que para receber pagamento, considerado em sentido lato, carece o advogado de poderes expressos e especiais. Tal realidade se depreende de uma interpretação sistemática, quando buscamos elementos de convencimento na doutrina e jurisprudência civilistas (veja-se que tanto o Código Civil como o Estatuto da OAB não dispõem pormenorizadamente acerca dos poderes especiais, como o faz o Código de Processo Civil):

Em doutrina, afirma-se a necessidade de poderes especiais para a prática de diversos atos, considerados fora do âmbito dos poderes ordinários de administra-

ção: i) celebração de casamento (v. arts. 1535 e 1542); ii) representação do testamenteiro (v. art. 1985); iii) concessão de fiança (v. arts. 818-839) (RT 188/812 e 114/158); iv) oferecimento de queixa-crime (art. 44 do CPP e art. 40, “c” da L. 5250/67); v) aceitação do perdão (art. 55 do CPP); vi) emissão de cheques (RTRF 83/130), aceite de cambial (RF 68/141 e RF 101/137) ou **levantamento de dinheiro (RF 92/121)**; vii) confissão de dívidas (RF 68/148) (Serpá Lopes, *Curso*, vol. IV, p. 286, e Washington de Barros Monteiro, *Curso*, p. 272; para lista mais extensa, v. Carvalho Santos, pp. 173-179). (TEPEDINO; BARBOSA; BODIN DE MORAES, 2006, p. 434, grifos nossos).

Questão prévia a ser esclarecida, portanto, é justamente o conteúdo do que sejam esses “poderes especiais e expressos”. Mais uma vez, suscitemos o que resume a doutrina em relação ao tema:

Todavia, outra questão ainda se coloca e está na exata compreensão do que sejam poderes especiais e expressos, inclusive para verificação sobre se possuem significado diverso e próprio ou se, ao referi-los, ambos, o legislador apenas pretendeu reforçar a cautela com atos de disposição ou gravação praticados por mandatário. Pois, se a propósito na doutrina e, em especial, na jurisprudência, grassa grande divergência, deve-se partir do suposto de que a lei não contém termos inúteis, sem significação própria. Por isso é que, para muitos, as expressões têm conteúdo próprio. Assim, poderes expressos identificam, de forma explícita (não implícita ou tácita), exatamente qual o poder conferido (por exemplo, o poder de vender). Já os poderes serão especiais quando determinados, particularizados, individualizados os negócios para os quais se faz a outorga (por exemplo, o poder de vender tal ou qual imóvel). Destarte, se no mandato se outorgam poderes de venda, mas sem precisão do imóvel a ser vendido, haverá poderes expressos mas não especiais, inviabilizando então a consumação do negócio por procurador. É certo, porém, como Carvalho Santos adverte (*Código Civil brasileiro interpretado*, 5^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952, v. XVIII, p. 163), que, se o mandato envolve a outorga de poderes para venda de todos os imóveis do mandante, terá sido cumprida a exigência de poderes especiais. Já quanto à identificação da pessoa com quem haverá o mandatário de negociar, a exigência tem sido restrita aos atos de liberalidade (v.g., PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 3^a ed., São Paulo, RT, 1984, t. XLIII, § 4679, n. 3, p. 38), porquanto *intuitu personae*, como sucede com a doação, por exemplo (ver ALVIM, Agostinho. *Da doação*, 2^a ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 31-3). (PELUSO, 2008, p. 615-616).

Ora, se o poder de “vender” não se entende como especial e expresso pelo só fato de não haver determinação do que possa ser vendido, em verdade, o poder que se confere é nenhum. Admitir que quem detenha poderes de vender não o possa fazer porque não esteja individualizada a coisa a ser vendida é retirar por completo o conteúdo do mandato conferido, reduzindo a nada a manifestação de vontade do outorgante e tornando absolutamente inócuas a colocação do termo em qualquer procuração. Será um poder havido como expresso e especial (porque tem de constar em procuração) e totalmente ineficaz (porque jamais poderá ser exercido). Nesse entendimento estamos igualmente acompanhados da doutrina:

Veja-se que toda a matéria é controversa, por exemplo, sustentando De Plácido e Silva [*Tratado do mandato e prática das procurações*. Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. I.] a desnecessidade do que considera ser um reforço de expressões, já que, a seu ver, o sentido de *poder especial* já integra o sentido de *expresso* (op. cit., p. 216), de seu turno defendendo Sílvio Rodrigues que seja **de todo ocioso identificar-se, em mandato que já contenha poderes para a venda, o exato bem a ser vendido** (*Direito Civil*, 28^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002, v. III, p. 291). De toda sorte, menos discutível que a outorga de poderes especiais deva ser interpretada de forma restritiva, a fim de que não se admita deduzido do poder de vender o de hipotecar, ou vice-versa, do poder de vender o de prometer vender, como de resto o próprio §2º do artigo em comento explicita não se compreender no poder de transigir o de firmar compromisso, verdadeiro regulamento de arbitragem (Lei n. 9307/96). (PELUSO, 2008, p. 616, grifos nossos).

Tal consideração conduz a uma conclusão interessante. Não se aceita que poderes especiais expressamente mencionados em lei e que caracterizam negócios jurídicos distintos decorram uns dos outros (vender de hipotecar, vender de prometer vender, transigir de firmar compromisso). Mas, considerando uma premissa teleológica, em vista do imperativo de se encontrar alguma racionalidade para as disposições de vontade, de dar a elas um significado útil e, sobretudo, prover as necessidades práticas da vida, admite a doutrina que determinados poderes abranjam outros, tidos como complementares ao que se toma por principal, ou quando lhes sejam meramente instrumentais ou consequentes:

Excepcionalmente, todavia, poder-se-á deduzir poderes implícitos de outro especialmente conferido, quando lhe seja instrumental ou conseqüen-

te. Assim, por exemplo, comprehende-se no poder de vender o de receber o preço e dar quitação, no de comprar o de receber a coisa, no de cobrar letras o de protestá-las.²

Em termos de analogia, temos aqui um precedente importante. Se, no âmbito do direito material, quem pode vender está habilitado a receber o preço e dar quitação (que exigiria poderes processuais especiais), quem tem poderes para dar quitação, por óbvio, está igualmente legitimado a receber o preço (valor levantado, no caso dos depósitos judiciais).

Entretanto, não precisamos lançar mão desse recurso, uma vez que tal entendimento é também sufragado pela doutrina processualista. Verificamos, assim, que tanto civilistas quanto processualistas acordam sobre o ponto:

Ao tempo do CPC/39, De Plácido e Silva [*Comentários ao Código de Processo Civil (de 1939)*, 3^a ed., vol. I, Curitiba, Ed. Guaíra Ltda., 1949, n. 278, p. 212] foi além da simples alusão ao texto das **leis civil e processual** com que outros se satisfizeram. Para ele, “**casos há em que, mesmo não determinado de modo claro ou explícito, o poder está implicitamente contido ou é consequente dos poderes dados.** Assim, por exemplo, quando se outorga mandato, mesmo *ad judicia*, para cobrar executivamente uma letra de câmbio, sem dúvida que o mandatário, mesmo que não se tenha feito referência específica ao ato de receber e dar quitação, está autorizado a receber toda soma cambial do título e a dar quitação ao aceitante ou ao coobrigado que se executou”. Para Carvalho Santos [*Código de Processo Civil Interpretado (de 1939)*, 4^a ed., vol. II, Rio de Janeiro, Liv. Ed. Freitas Bastos, 1954, p. 92], igualmente, “**quem tem poderes para receber, os tem igualmente para dar recibo ou quitação de quantia recebida, mesmo porque o devedor não é obrigado a pagar sem que lhe seja dada quitação regular**, nos termos do art. 939” (do Cód. Civil [de 1916, atual artigo 319 do Cód. Civil de 2002]).

Segue nesse rumo a lição de Pontes de Miranda [*Tratado de Direito Privado*, 3^a ed., vol. 43, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1972, § 4679, n. 3, p. 33-34], posto não refira pagamento e quitação: “**Por vezes, o poder especial, que se outorga, supõe outro, que dele depende.** Por exemplo: o poder de hipotecar é poder que vem após o de contrair dívida, que se garanta com a hipoteca (2^a Turma do Supremo Tribunal Federal, 21 de outubro de 1949, RF 129/407), salvo se alguma dívida já exis-

² Peluzo, Cesar (coord.). *Idem*, ibidem.

te, ou vai existir, e se haja de pré-excluir outorga de poder para a assunção. O poder de administrar imóveis locáveis compreende o de dar em locação (2^a Turma, 24 de dezembro de 1943, AJ 72,19)". Essa é a linha de pensamento adotada por Serpa Lopes [*Curso de Direito Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1958, n. 538, p. 249]: "**O mandato não só atinge os atos para os quais foi concedido como ainda se estende a quantos forem necessários à sua boa execução**"; e Silvio Rodrigues [*Direito Civil*, 7^a ed., vol. III, São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, n. 126, p. 292]: "**É claro que a outorga de alguns poderes implica necessariamente a de outros, que lhes são conexos**". (MONIZ DE ARAGÃO, 2003, p. 88-89, grifos nossos).

Por fim, do ponto de vista lógico e argumentativo, receber (ainda que fosse o valor correspondente à condenação) seria pressuposto lógico, condição necessária e suficiente à quitação (só se pode dar quitação de algo que se recebe). Quem pode o mais, pode o menos; se posso "dar quitação" é lógico que posso receber aquilo que corresponde e autoriza a entrega da quitação.

Toda a linha de raciocínio ora delineada obriga-nos, por honestidade científica, ao enfrentamento de uma hipótese extraordinária que se coloca. Admitimos anteriormente que "receber" se refere à "quitação", diante do que podemos ter três situações autônomas: a de constituição de poderes exclusivamente para "dar quitação", exclusivamente para "receber quitação" ou para "receber e dar quitação" (equivalente, para todos os efeitos, a "dar e receber quitação").

Pode-se naturalmente cogitar de situação em que o mandante reserve a si o direito de receber o pagamento e confira ao mandatário o poder de dar quitação. Imaginemos que determinado devedor, na pendência de ação de cobrança, procure o credor para fazer um pagamento (por qualquer motivo: liberação de um bem já constrito judicialmente; evitar que outros sejam penhorados etc.). É juridicamente possível e perfeitamente crível supor que o credor-mandante tenha todo o interesse em receber o pagamento, assim como queira reservar ao advogado-mandatário o encargo de, ciente da realidade processual, dar a respectiva quitação (total ou parcial, conforme o caso). Por certo que a razoabilidade de tal proceder deverá ser aferida caso a caso, de modo que o devedor não se sujeite ao mero capricho do credor, considerando que – a despeito do mandato – ele continua com poderes para praticar pessoalmente o ato de dar quitação e não pode usar da prerrogativa em abuso de direito, como subterfúgio para, em termos práticos, recusar ou injustificadamente dificultar o exercício do direito do devedor em obter a quitação.

Da mesma forma, poderá ocorrer a situação inversa. Podemos conceber situação em que o mandante prefira reservar-se o direito de efetuar o pagamento e conceder ao mandatário o poder de receber a quitação. Basta imaginar um caso que envolva a mitigação de risco jurídico, como o empregador doméstico que realiza o pagamento de determinadas verbas (salariais, rescisórias etc.) e solicite que a respectiva quitação seja dada por advogado, nos termos da lei (com plena, geral e irrestrita quitação de quaisquer outras verbas devidas em função do contrato de trabalho, com especificação das respectivas rubricas em que o valor global foi pago etc.). Disso decorre a conclusão, adiantada anteriormente, de conferirmos juridicidade à cláusula “receber quitação” não como mera decorrência do ato de receber pagamento.

Esse também é o entendimento da doutrina:

Nessa linha de raciocínio, figuremos as **hipóteses de o mandante haver recebido, ele próprio, o pagamento e conferir poderes ao mandatário para “dar quitação”**; ou de **haver efetuado o pagamento e conferir poderes para “receber quitação”**. É natural, como salienta Pontes, que **nessa situação os poderes não podem ser interpretados fora dos limites da peculiaridade que cerca e informa a outorga**. Em suma, o exame do caso fornecerá as coordenadas da exegese do conteúdo da procuração. **Mas não é descabido, ao contrário, é perfeitamente normal, extrair de poderes “especiais e expressos” a verdadeira gama de atribuições delegadas através do mandato** (MONIZ DE ARAGÃO, 2003, p. 89, grifos nossos).

Conclusão

De todo o exposto, temos que:

a) para levantamento de valores depositados judicialmente com procuração *ad judicia*, devem ser aceitas – indistintamente –, por equivalentes, as previsões expressas de poderes especiais para “receber e dar quitação” e “dar e receber quitação”;

b) juridicamente, basta inclusive que o advogado detenha o poder de “dar quitação”, uma vez que o ato de receber o valor correspondente é um poder conexo implícito e antecedente lógico da quitação que se está habilitado a dar;

c) em nenhuma hipótese poderá ser considerada suficiente a previsão de poderes exclusivamente para “receber quitação”, uma vez que esta apenas autoriza que o mandatário efetue o pagamento do valor devido pelo mandante e obtenha, em nome deste, a respectiva quitação do valor pago.

Referências

- DE PAULA, Alexandre. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. vol. 1.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Dar e receber quitação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 99, v. 367, p. 85-90, maio-junho de 2003.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÉA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PELUSO, Cesar (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2^a ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. II.

O protesto extrajudicial e suas inconstitucionalidades

Martiane Jaques La-Flor

*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Especialista em Direito Imobiliário e em Direito Notarial e Registral*

RESUMO

O presente trabalho de investigação científica tem como objetivo compreender e aprofundar os estudos sobre a lei do protesto extrajudicial – LP (Lei 9.492/97), cotejando-a com a lei dos notários e dos registradores – LNR (Lei 8.935/94), Código de Processo Civil – CPC (Lei 5.869/73) e Constituição Federal de 1988. Desse cotejo vislumbraremos possíveis incoerências encontradas na Lei que rege o serviço delegado de protestos de títulos e outros documentos de dívida. O diálogo com os princípios da igualdade e da dignidade humana trará o fim da celeuma quanto à responsabilização do tabelião de protesto, bem como quanto a intimação e prazo do protesto.

Palavras-chave: Protesto. Cartório. Lei 9.492/97. Direito empresarial.

ABSTRACT

This scientific research aimed at understanding and to deepen the studies about the law of extrajudicial protest - LP (Law 9.492/97), comparing it with the law notaries and registrars - LNR (Law 8.935/94), Code Civil Procedure - CCP (Law 5.869/73) and the Federal Constitution of 1988. From this collating we will observe possible inconsistencies found in the delegate service of protests law. The dialogue with the principles of equality and human dignity will bring an end to a stir regarding to the liability of the notary protest, as well as the summons and of the protest term.

Keywords: Protest. Notary. Law 9.492/97. Business law.

Introdução

O presente trabalho explora as particularidades dos atos lavrados nos tabelionato de protestos, erroneamente denominados de cartórios, de maneira a aclarar sobre suas incompatibilidades com outras fontes normativas existentes no ordenamento jurídico.

Justifica-se a realização deste trabalho por este buscar dirimir os questionamentos enfrentados sobre a utilização ou não da lei de protesto.

A Lei que regulamenta os serviços notariais e de registros no Brasil, Lei 8.935/94, traz algumas discrepâncias referentes à Lei especial que regulamenta o protesto de títulos, Lei 9.492/97, especificamente quando trata da responsabilidade advinda da prática profissional desse serviço público delegado. Nesse diapasão será analisada tal celeuma, bem como seus reflexos jurídicos notariais e registrais.

A doutrina é escassa ou muitas vezes rasa ao abordar o protesto de títulos, limitando-se muitas vezes a apenas transcrever a lei de protesto, não se debruçando sobre questões latentes e quiçá inconstitucionais como a referente ao ato de intimação realizado pelo tabelionato de protesto quando do protesto lavrado, lacuna que o presente trabalho tem a pretensão de preencher.

Do mesmo modo, o prazo exíguo de três dias para pagamento da dívida no tabelionato sob pena de protesto é perfunctoriamente abordado por apenas duas Corregedorias Gerais de Justiça do Brasil, as quais modificaram o termo inicial, promovendo certo alongamento no prazo.

Busca-se, por conseguinte, analisar as discrepâncias da Lei 9.492/97 com os princípios constitucionais, mandados de otimização na moderna constitucionalização dos Direitos.

1 Do protesto de títulos e outros documentos de dívida

Os serviços notariais e de registros, expressão trazida por determinação do artigo 236, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988, devem ser regulamentados por meio de lei federal¹, consequentemente, em novembro de 1994 foi promulgada a Lei 8.935, denominada Lei dos Notários e dos Registradores.

Os serviços notariais são gênero dos quais o tabelionato de notas e o tabelionato de protesto são espécies, da mesma maneira que o serviço registral é gênero das espécies registro civil de pessoas naturais, registro civil de pessoas jurídicas, registro de títulos e documentos, registro de imóveis e tabelionato e registro de contratos marítimos (art. 2º, LRP e 5º, LNR).

Trataremos neste trabalho do serviço extrajudicial da lavratura do protesto exercido no Tabelionato de Protesto, antigamente denominado cartório de protesto, de maneira que quando nos referirmos ao termo "tabelionato" este estará apenas designando dita espécie.

¹ A competência constitucional para legislar sobre registros públicos é privativa da União, segundo artigo 22, XXV, CF.

1.1 Sistematização do protesto

Entre todas as atribuições privativas² elencadas no artigo 11 da Lei 8.935/94³, e artigo 3º da Lei 9.492/97⁴, fica a cargo do tabelionato de protesto a lavratura do protesto.

O protesto pode ser judicial ou extrajudicial, este último é processado perante o tabelião de protesto sem intervenção do juiz e é definido pelo art. 1º da lei de protesto como “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. Por Coelho (1998, p. 415) é definido como “ato praticado pelo credor perante o competente cartório, para fim de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais”. Melhor definição fica com Rosa Junior (2007, p. 384):

é ato cambiário público, formal, extrajudicial e unitário que tem por finalidade comprovar a falta ou recusa de aceite ou de pagamento, bem como outros fatos relevantes para as relações cambiais, visando principalmente à salvaguarda dos direitos cambiários do portador.

O procedimento de lavratura do protesto é multifásico, primeiramente temos a denominada *apresentação* do título ou documento de dívida perante o tabelião de protesto. Anota-se que, em municípios onde exista mais de um tabelionato de protesto, os ofícios distribuidores são obrigatórios (art. 7º, LP).⁵ Esses ofícios fazem

² Competência privativa diz respeito à matéria de competência própria e competência exclusiva afasta qualquer possibilidade de outro órgão ou pessoa praticar ato em questão.

³ “Art. 11. Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente: I - protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação; II - intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto; III - receber o pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação; IV - lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação; V - acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante; VI - averbar: a) o cancelamento do protesto; b) as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados; VII - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.”

⁴ “Art. 3º Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei.”

⁵ “Art. 7º Os títulos e documentos de dívida destinados a protesto somente estarão sujeitos a prévia distribuição obrigatória nas localidades onde houver mais de um Tabelionato de Protesto de Títulos.

a distribuição dos títulos e dos documentos a serem protestados em razão de quantidade e qualidade (art. 8º, LP e art. 13, LNR)⁶ de maneira que haja uma distribuição equânime entre os tabelionatos da cidade, evitando competições descabidas entre os tabeliães.

No ato de apresentação é feita a análise da competência. Sendo verificada a incompetência, deve-se devolver o título ou documento de dívida, o que muitas vezes ocasiona o procedimento de dúvida inversa.⁷

Portanto, apresentado o título ou no tabelionato ou no ofício distribuidor, pelo portador do título sujeito a protesto (frisa-se que é portador, não necessariamente interessado), este será *apontado* ou *protocolizado* (art. 9º, LP)⁸ no prazo impreterível de 24 horas

Parágrafo único. Onde houver mais de um Tabelionato de Protesto de Títulos, a distribuição será feita por um Serviço instalado e mantido pelos próprios Tabelionatos, salvo se já existir Ofício Distribuidor organizado antes da promulgação desta Lei.”

⁶ “Art. 8º Os títulos e documentos de dívida serão recepcionados, distribuídos e entregues na mesma data aos Tabelionatos de Protesto, obedecidos os critérios de quantidade e qualidade.

Parágrafo único. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas.”

“Art. 13. Aos oficiais de registro de distribuição compete privativamente: I - quando previamente exigida, proceder à distribuição eqüitativa pelos serviços da mesma natureza, registrando os atos praticados; em caso contrário, registrar as comunicações recebidas dos órgãos e serviços competentes; II - efetuar as averbações e os cancelamentos de sua competência; III - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.”

⁷ À parte o debate de ser ou não possível o procedimento de dúvida nos tabelionatos de notas, o procedimento de dúvida tem previsibilidade no tabelionato de protesto no artigo 18, LP: “As dúvidas do Tabelião de Protesto serão resolvidas pelo Juízo competente”. Já a dúvida inversa é aquela em que o apresentante desgostoso com a recusa do tabelião ingressa diretamente no Judiciário para ver sua pretensão de protestar aceita. Sobre procedimento de dúvida verificar artigo 198 (“Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á [sic] por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la [sic], obedecendo-se ao seguinte: [...]”) e seguintes da Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73.

⁸ “Art. 9º Todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão curso se não apresentarem vícios, não cabendo ao Tabelião de Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade.

Parágrafo único. Qualquer irregularidade formal observada pelo Tabelião obstará o registro do protesto.”

(art. 5º, LP)⁹, ou seja, ingressará no livro de protocolo da serventia (art. 32, LP)¹⁰, constando o número de ordem, a natureza do título ou documento de dívida, o valor a ser protestado, o nome do apresentante do título a protesto, o nome do devedor¹¹ e possíveis ocorrências, tais como ser o título protestado, sustado, irregular ou pago. Na prática acrescenta-se ainda mais uma coluna, a do “tipo de protesto”, que poderá ser comum ou falimentar (art. 23, LP).^{12,13} O livro de protocolo nada mais é do que um indicador pessoal e ao mesmo tempo objetivo, uma vez que nele figurará o nome dos devedores e apresentantes e os documentos levados a protesto.

Protocolizado, receberá o apresentante recibo com as características essenciais do título (§ ún., art. 5º, LP) e o título será analisado formalmente pelo tabelião ou escrevente autorizado.¹⁴ Essa

⁹ “Art. 5º Todos os documentos apresentados ou distribuídos no horário regulamentar serão protocolizados dentro de vinte e quatro horas, obedecendo à ordem cronológica de entrega.

Parágrafo único. Ao apresentante será entregue recibo com as características essenciais do título ou documento de dívida, sendo de sua responsabilidade os dados fornecidos.”

¹⁰ “Art. 32. O livro de Protocolo poderá ser escruturado mediante processo manual, mecânico, eletrônico ou informatizado, em folhas soltas e com colunas destinadas às seguintes anotações: número de ordem, natureza do título ou documento de dívida, valor, apresentante, devedor e ocorrências.

Parágrafo único. A escrituração será diária, constando do termo de encerramento o número de documentos apresentados no dia, sendo a data da protocolização a mesma do termo diário do encerramento.”

¹¹ São responsabilidade do apresentante os dados fornecidos (§ único do art. 5º, LP). Até mesmo quanto ao valor protestado: art. 11, LP – “Tratando-se de títulos ou documentos de dívida sujeitos a qualquer tipo de correção, o pagamento será feito pela conversão vigorante no dia da apresentação, no valor indicado pelo apresentante”.

¹² “Art. 23. Os termos dos protestos lavrados, inclusive para fins especiais, por falta de pagamento, de aceite ou de devolução serão registrados em um único livro e conterão as anotações do tipo e do motivo do protesto, além dos requisitos previstos no artigo anterior.

Parágrafo único. Somente poderão ser protestados, para fins falimentares, os títulos ou documentos de dívida de responsabilidade das pessoas sujeitas às consequências da legislação falimentar.”

¹³ Segundo Afonso (2006, p. 63), há três tipos de protesto para fim especial: o para mera comprovação da data do aceite; os títulos com vencimento a certo termo de vista; e o para fim falimentar.

¹⁴ A remuneração dos empregados é livremente ajustada e está sob o regime da legislação do trabalho. Tais empregados estão divididos, conforme Ceneviva (2010, p.73), em: “auxiliar”, empregado contratado para serviços gerais, com ou sem capacitação técnica para o ofício registrário ou notarial; “escrevente”, empregado com capacitação técnica para o serviço – e aqui o autor faz a ressalva que este não poderá lavrar testamentos no caso do Tabelionato de Notas; “escrevente substituto”, empregado com capacitação técnica ple-

análise formal não diz respeito à prescrição ou caducidade do título (art. 9º, LP), mas sim a caracteres necessários para que o título seja considerado um título de dívida. Por exemplo, sendo apresentada uma letra de câmbio, deverá constar o nome do sacado, a palavra “letra” e todos os requisitos para que tal título exista como letra de câmbio, conforme art. 1º do Dec. 57.663/66; do mesmo modo o cheque deverá possuir os requisitos do art. 1º da Lei 7.357/85. O tabelião também deverá averiguar sobre tradução juramentada de títulos e outros documentos de dívida em moeda estrangeira emitidos fora do Brasil (art. 10, LP)^{15,16}.

Ato contínuo, ocorrerá a *intimação* do devedor para comparecer ao tabelionato para aceitar¹⁷, pagar ou devolver¹⁸ no prazo de três dias úteis (art. 12, LP)¹⁹, considerando-se cumprida quando

na, habilitado a praticar simultaneamente com o titular todos os atos da atividade tabelioa; “escrevente encarregado”, um dos substitutos que supre o titular em suas ausências e impedimentos. Havendo extinção da delegação, o substituto mais antigo assumirá a responsabilidade frente à serventia (art. 39, § 2º, LNR).

¹⁵ “Art. 10. Poderão ser protestados títulos e outros documentos de dívida em moeda estrangeira, emitidos fora do Brasil, desde que acompanhados de tradução efetuada por tradutor público juramentado. § 1º Constarão obrigatoriamente do registro do protesto a descrição do documento e sua tradução. § 2º Em caso de pagamento, este será efetuado em moeda corrente nacional, cumprindo ao apresentante a conversão na data de apresentação do documento para protesto. § 3º Tratando-se de títulos ou documentos de dívidas emitidos no Brasil, em moeda estrangeira, cuidará o Tabelião de observar as disposições do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e legislação complementar ou superveniente.”

¹⁶ Há quem defendia (AZEVEDO, 2008, p. 27) que, além da tradução juramentada, o título deve estar previamente registrado no Registro de Títulos e Documentos, forte na Lei de Registros Públicos em seu artigo 129 (“Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: [...] 6º) todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal”).

¹⁷ Aceite é ato cambial privativo do sacado, possível em títulos que denotam ordem de pagamento (duplicata, letra de câmbio), ou seja, só aquele que recebe uma ordem é que pode concordar ou não com ela. Concordando com a ordem de pagamento que o sacador emite, o sacado dará o seu aceite, tornando-se devedor principal da obrigação.

¹⁸ Quando um título é enviado para aceite, poderá o devedor, além de não o aceitar, retê-lo.

¹⁹ “Art. 12. O protesto será registrado dentro de três dias úteis contados da protocolização do título ou documento de dívida. § 1º Na contagem do prazo a que se refere o *caput* exclui-se o dia da protocolização e inclui-se o do vencimento. § 2º Considera-se não útil o dia em que não houver expediente bancário para o público ou aquele em que este não obedecer ao horário normal.”

comprovada a sua entrega no endereço indicado pelo apresentante (art. 14, LP).²⁰ O ato de intimar visa levar ao conhecimento do devedor, a pedido da parte credora, que o título ou documento de dívida foi apresentado para protesto.

Após a intimação, o devedor, comparecendo ao tabelionato, poderá *aceitar ou pagar* o título extinguindo o processo de protesto. Será dada a quitação²¹, e o valor apurado será entregue ao credor, no primeiro dia útil subsequente ao recebimento (§ 2º, art. 19, LP).²²

Por outro lado, poderá ocorrer a *sustação* do protesto quer por meio de decisão judicial (art. 17, § 1º, LP)²³, quer por ato do

²⁰ “Art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço. § 1º A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente. § 2º A intimação deverá conter nome e endereço do devedor, elementos de identificação do título ou documento de dívida, e prazo limite para cumprimento da obrigação no Tabelionato, bem como número do protocolo e valor a ser pago.”

²¹ Arts. 319 e 320, CC.

²² “Art. 19. O pagamento do título ou do documento de dívida apresentado para protesto será feito diretamente no Tabelionato competente, no valor igual ao declarado pelo apresentante, acrescido dos emolumentos e demais despesas. § 1º Não poderá ser recusado pagamento oferecido dentro do prazo legal, desde que feito no Tabelionato de Protesto competente e no horário de funcionamento dos serviços. § 2º No ato do pagamento, o Tabelionato de Protesto dará a respectiva quitação, e o valor devido será colocado à disposição do apresentante no primeiro dia útil subsequente ao do recebimento. § 3º Quando for adotado sistema de recebimento do pagamento por meio de cheque, ainda que de emissão de estabelecimento bancário, a quitação dada pelo Tabelionato fica condicionada à efetiva liquidação. § 4º Quando do pagamento no Tabelionato ainda subsistirem parcelas vincendas, será dada quitação da parcela paga em apartado, devolvendo-se o original ao apresentante.”

²³ “Art. 17. Permanecerão no Tabelionato, à disposição do Juízo respectivo, os títulos ou documentos de dívida cujo protesto for judicialmente sustado. § 1º O título ou documento de dívida cujo protesto tiver sido sustado judicialmente só poderá ser pago, protestado ou retirado com autorização judicial. § 2º Revogada a ordem de sustação, não há necessidade de se proceder a nova intimação do devedor, sendo a lavratura e o registro do protesto efetivados até o primeiro dia útil subsequente ao do recebimento da revogação, salvo se a materialização do ato depender de consulta a ser formulada ao apresentante, caso em que o mesmo prazo será contado da data da resposta dada. § 3º Tornada definitiva a ordem de sustação, o título ou o documento de dívida será encaminhado ao Juízo respectivo, quando não constar determinação expressa a qual das partes o mesmo deverá ser entregue, ou se decorridos trinta dias sem que a parte autorizada tenha comparecido no Tabelionato para retirá-lo.”

próprio tabelião de protesto, que verificará por si alguma irregularidade. Ou mesmo, poderá o apresentante *desistir* do protesto (art. 16, LP)²⁴, ato esse voluntário e cuja conveniência pertence somente ao apresentante.

Não pagando, não aceitando ou não devolvendo o título (art. 21, LP), no prazo de três dias úteis contados da sua protocolização, será lavrado o seu protesto, salvo se a intimação for realizada no último dia ou além do prazo legal, fato que retarda a lavratura do protesto para o primeiro dia útil subsequente (art. 13, LRP)²⁵, com anotação específica do motivo da extração do prazo (art. 20, LP).²⁶

O ato de *lavratura do termo de protesto* ocorrerá no livro de protesto da serventia (arts. 23 e 33 LP)²⁷, devendo conter colunas para as seguintes informações (art. 22, LP): I - data e número de protocolização; II - nome do apresentante e endereço; III - reprodução ou transcrição do documento ou das indicações feitas pelo apresentante e declarações nele inseridas; IV - certidão das intimações feitas e das respostas eventualmente oferecidas, ou seja, referir se foi intimado pessoalmente ou por edital; V - indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas, isto é, interveniente voluntário é aquele que aceita um título para evitar o protesto e honrar o nome daquele que figura no título como devedor; VI - a aquiescência do portador ao aceite por honra, quer dizer, nos casos de intervenção voluntária o portador do título pode recusar o aceite por intervenção, razão de ser obrigatória a sua aquiescência; VII - nome, número do documento de identificação do devedor e endereço; VIII - data e assinatura do tabelião de protesto, de seus substitutos ou de escrevente autorizado.

Posteriormente, poderá ainda ocorrer o *cancelamento* do protesto (art. 26, LP)²⁸, note-se que a sustação do protesto ocorrerá

²⁴ "Art. 16. Antes da lavratura do protesto, poderá o apresentante retirar o título ou documento de dívida, pagos os emolumentos e demais despesas."

²⁵ "Art. 13. Quando a intimação for efetivada excepcionalmente no último dia do prazo ou além dele, por motivo de força maior, o protesto será tirado no primeiro dia útil subsequente."

²⁶ "Art. 20. Esgotado o prazo previsto no art. 12, sem que tenham ocorrido as hipóteses dos Capítulos VII e VIII, o Tabelião lavrará e registrará o protesto, sendo o respectivo instrumento entregue ao apresentante."

²⁷ "Art. 33. Os livros de Registros de Protesto serão abertos e encerrados pelo Tabelião de Protestos ou seus Substitutos, ou ainda por Escrevente autorizado, com suas folhas numeradas e rubricadas."

²⁸ "Art. 26. O cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado, mediante apresentação do documento protestado, cuja cópia ficará arquivada. § 1º Na impossibilidade de apresentação do original do título ou documento de dívida protestado, será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como

antes da lavratura deste, enquanto o cancelamento ocorrerá após. O cancelamento decorre ou do pagamento do título, ou por determinação judicial com trânsito em julgado.

É possível haver averbações junto ao instrumento de protesto (art. 25, LP)²⁹, que são atos de retificações de informações erroneamente contidas nos livros de protesto ou anotações necessárias ao cumprimento adequado do trabalho na serventia. Segundo Silva (2005, p. 183):

a averbação quando feita em assento ou documento anterior registrado tem a mesma função do assento ou do registro originário: o de dar publicidade ao ato, que vem, por qualquer modo, modificar, alterar ou ampliar o mesmo assento ou registro, que se cumpriu, anteriormente, pela inscrição, pela transcrição, pelo arquivamento ou pelo registro, ao mesmo tempo para que possa valer contra terceiros.

No mesmo sentido, Ceneviva (2010, p. 78): “Averbação é ato acessório da lavratura do protesto [...] consiste em realizar nota, à margem do assento originário, mencionando a finalidade [...]. O ato de cancelamento do protesto, por exemplo, é feito por meio de averbação junto ao seu registro.

Conquanto a responsabilidade advinda de protesto irregular recaia, geralmente, sobre o apresentante, há casos em que ela é proveniente de ações efetuadas na serventia extrajudicial.

credor, originário ou por endosso translativo. § 2º Na hipótese de protesto em que tenha figurado apresentante por endosso-mandato, será suficiente a declaração de anuência passada pelo credor endossante. § 3º O cancelamento do registro do protesto, se fundado em outro motivo que não no pagamento do título ou documento de dívida, será efetivado por determinação judicial, pagos os emolumentos devidos ao Tabelião. § 4º Quando a extinção da obrigação decorrer de processo judicial, o cancelamento do registro do protesto poderá ser solicitado com a apresentação da certidão expedida pelo Juízo processante, com menção do trânsito em julgado, que substituirá o título ou o documento de dívida protestado. § 5º O cancelamento do registro do protesto será feito pelo Tabelião titular, por seus Substitutos ou por Escrevente autorizado. § 6º Quando o protesto lavrado for registrado sob forma de microfilme ou gravação eletrônica, o termo do cancelamento será lançado em documento apartado, que será arquivado juntamente com os documentos que instruíram o pedido, e anotado no índice respectivo.”

²⁹ “Art. 25. A averbação de retificação de erros materiais pelo serviço poderá ser efetuada de ofício ou a requerimento do interessado, sob responsabilidade do Tabelião de Protesto de Títulos. § 1º Para a averbação da retificação será indispensável a apresentação do instrumento eventualmente expedido e de documentos que comprovem o erro. § 2º Não são devidos emolumentos pela averbação prevista neste artigo.”

1.2 Responsabilidade do titular

A Lei 8.935/94 traça apenas competências, infrações e deveres a que os serventuários extrajudiciais estão submetidos. É lei geral sobre os serviços notariais. Quanto ao serviço notarial de protesto de títulos, há uma lei especial, promulgada em 20 de setembro de 1997, a Lei 9.492, denominada Lei do Protesto.

Após a Constituição de 5 de outubro de 1988, o termo “cartório” foi substituído pela expressão “Serviços Notariais e Registrais” e o regime jurídico do Notariado modificou-se, sendo a partir de então exercido em caráter privado, por delegação do Poder Público, ou seja, uma pessoa física (tabelião ou registrador) veio a ser investida na função pública, configurando-se como agente público, o que “não transforma o delegado em servidor público. Apenas investe o particular nos poderes para a prática de ato considerado como função pública” (GRAEFF JUNIOR, 1998, p. 90).

A doutrina de direito administrativo, com ênfase em Hely Lopes³⁰ e Celso Bandeira de Mello³¹, o denomina particular com colaboração com o Poder Público, ou seja, agente público que exerce função estatal.

Os delegados de notas e registros não são servidores públicos como há muito tem entendido o Supremo Tribunal Federal³²; são, opostamente, agentes públicos que exercem função estatal delegada por meio de concurso público de provas e títulos (arts. 14, I e 15 da Lei 8.935/94). Ceneviva (2009, p. 14) leciona: “O caráter privado os distingue do serviço público oficial ou oficializado, sub-

³⁰ “Agentes delegados: são particulares - pessoas físicas ou jurídicas, que não se enquadram na acepção própria de agentes públicos - que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do estado e sob a permanente fiscalização do delegante. [...] constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público” (MEIRELLES, 2009, p. 82).

³¹ Dentro dessa categoria, o autor abre uma subclassificação, enquadrando os notários como “delegados de função ou ofício público”, ressaltando que estes não se confundem com os concessionários e permissionários, pois nesses a atividade desempenhada é material e naqueles, jurídica. E segue o autor afirmando que a delegação não se confunde com uma simples habilitação, ou seja, ato meramente cognitivo de atributos pessoais para o desempenho de tais funções. A habilitação aferida em concurso público é pressuposto para a investidura, já que a delegação propriamente dita é ato sucessivo ao concurso no qual adjudica um serviço a dado sujeito, perdendo-a somente nas hipóteses elencadas na Lei 8.935/94 em seu artigo 28 (MELLO, 2010, p. 252-253).

³² Não se incluem na regra de aposentadoria compulsória: ADI 2602.

metido a servidores públicos, integrados na administração direta e em cargos de carreira, nos moldes do art. 37, CF". Segue ainda:

O notário e o registrador não exercem cargo público, mas são agentes públicos. Agem como representantes da autoridade pública, eles mesmos providos de autoridade, posto que substituem, por delegação, o Estado, em serviços deste (CENEVIVA, 2010, p.49.)

Desde a edição da Lei 6.015, de 1973, que somente veio a vigorar em 1976, a responsabilidade desses agentes era considerada subjetiva, diga-se, havia a análise de dolo ou culpa para eventual responsabilização. Esse argumento era corroborado pelo artigo 28 da citada lei: "Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro".

Com o advento da Constituição Federal em 1988, muitos passaram a defender que havia uma responsabilidade objetiva por parte do Estado, com fulcro no artigo 37, § 6º desta, com direito regressivo contra o titular com base em responsabilidade subjetiva. É o que sustenta Ceneviva (2010, p. 175):

à vista do que determina o art. 37, § 6º, da Constituição e da interpretação dada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza da relação entre o delegado notarial ou registrário e o Estado, este responde, nos termos da responsabilidade objetiva, tendo direito regressivo contra o titular do serviço em caso de dolo ou culpa.

Em 1994, por exigência do artigo 236, § 1º, CF, promulgou-se a Lei 8.935, cujo artigo 22 tratou da responsabilidade dos notários e dos registradores, trazendo-a expressamente como objetiva frente ao titular e subjetiva quando do regresso contra os prepostos.³³ Isso se valida em razão de que apesar de os "cartórios" possuírem cadastro nacional de pessoa jurídica – CNPJ – são considerados entes despersonalizados³⁴, sendo a pessoa física ti-

³³ Art. 22 da LNR: "Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos".

³⁴ "Processo Civil. Cartório De Notas. Pessoa Formal. Ação Indenizatória. Reconhecimento De Firma Falsificada. Illegitimidade Passiva. O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia." (STJ 4ª Turma. Recurso Especial nº 545.613-MG. Rel. Min. César Asfor Rocha).

tular que exercerá a atividade de forma pessoal e permanente (art. 14 LNR).

O debate, porém, ocorre porque a Lei 9.492/97 trouxe para os tabeliões de protesto uma responsabilidade subjetiva, destoando do que a lei geral do notariado havia apregoado: "Art. 38. Os Tabeliões de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso".

A maioria dos doutrinadores defende a prevalência da lei geral (Lei 8.925/94), contrariando a regra da lei de introdução das normas do direito brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), na qual a lei especial prevaleceria sobre a lei geral. Acautelam-se nos princípios, primordialmente no da igualdade, pois seria incongruente um tabelião de notas responder objetivamente, com fulcro no artigo 22 da Lei 8.935/94, e um tabelião de protestos responder subjetivamente, com fulcro no artigo 38 da Lei 9.492/97, notários que são, profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial (art. 3º, LNR) com iguais capacitações: dar forma jurídica à vontade das partes, intervir de forma imparcial nos atos aos quais as partes querem dar forma legal ou autenticidade, com expedição de cópias fidedignas e autenticar fatos (art. 6º, LNR).

Ressalta-se que quem figurará no polo passivo da demanda é o tabelião, pois, conforme mencionado, a serventia não detém personalidade jurídica:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – TABELIONATO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – RECONHECIMENTO. O Tabelionato de Protesto de Títulos é ente desprovido de personalidade jurídica, não sendo parte passiva legítima para responder à ação de indenização por dano moral e patrimonial. Precedentes deste Tribunal e do STF. Apelação provida, ao efeito de acolher-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada. (TJ/RS - Apelação Cível n.º 70011320058, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 28/04/2005).

Atrelados aos princípios, que são mandados de otimização que se irradiam sobre as normas, percebemos outros dissensos na Lei 9.492/97.

2 Das inconstitucionalidades da lei de protesto

Para uma lei ser tida por constitucional, ela não poderá mediata ou imediatamente afrontar o texto constitucional. E, quando fala-

mos em texto constitucional, albergamos, além das normas, também os princípios.

Ávila (2009, p. 39) explica que os princípios são normas finalísticas, visto que estabelecem um fim a ser atingido, enquanto as regras são normas descriptivas para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos, tudo embasado em princípios que lhe dão suporte.

Destarte devemos fazer interpretação conforme a Constituição Federal, movimento que no Direito civil ganhou o nome de “constitucionalização do Direito privado” e que hoje já inclui o Direito público. Ou, como prefere Marques (2012, p. 16), devemos buscar um “diálogo das fontes” de maneira a colocar os direitos fundamentais como ponto de partida para qualquer leitura de normas.

2.1 Intimação – conflito com o princípio da igualdade

Conforme esboçado na seção anterior, após a protocolização do título ou documento de dívida, o tabelião deverá intimar o devedor. O processo desse ato de intimação, nos termos da Lei 9.492/97, merece algumas considerações.

A primeira delas diz respeito ao modo pelo qual pode ocorrer a intimação. De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 14 da Lei de Protesto, a intimação poderá ser feita pessoalmente pelo próprio tabelião ou funcionário, aviso de recebimento (AR) ou equivalente.

Tendo a lei autorizado o uso do AR, não prospera a justificativa de que sendo a pessoa residente ou domiciliada fora da competência territorial do tabelionato a intimação deva se dar por edital, conforme exigência do artigo 15 da mesma lei. Tal entendimento ainda não é compartilhado pelos Tribunais, vejamos:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INCOMPETÊNCIA DÓ JUÍZO. REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TABELIÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 9.492/97. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PROTESTO. LETRA DE CÂMBIO. FALTA DE ACEITE. SACADO DOMICILIADO FORA DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO TABELIONATO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. REGULARIDADE DO PROTESTO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DEVER DE REPARAR INEXISTENTE. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. Inexistência dos vícios previstos no art. 535 do CPC, não se prestando os embargos à rediscussão de matéria já apreciada. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO ACOLHIDOS. (Embargos de Declara-

ção Nº 70047817838, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, julgado em 28/03/2012).

O mesmo Tribunal, todavia, aceita a intimação por AR fora da competência territorial quando se tratar de comprovação de mora de contrato com garantia de alienação fiduciária, em evidente afronta à isonomia:

Ementa: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE BUSCA E APRE-ENSÃO. PROTESTO DE TÍTULO EFETUADO POR TABELIONATO LOCALIZADO EM COMARCA DI-VERSA DAQUELA EM QUE O CONSUMIDOR RESIDE, ARTIGO 15 DA LEI 9.492/97. POSSIBILIDADE. Para comprovação da mora, nos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária, é necessária a notificação extrajudicial do devedor por intermédio de carta expedida por Cartório de Títulos e Documentos ou o protesto do título, a critério do credor (§ 2º do art. 2º do Decreto-Lei 911/69). A própria lei que regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos autoriza a realização de protesto pelo Tabellão de local diverso, no caso de a pessoa ser domiciliada ou residente em Comarca que não está incluída na competência territorial do Tabelionato onde o título foi apresentado para protesto. AGRAVO INTERNO PROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo Nº 70051741155, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sejalmo Sebastião de Paula Nery, julgado em 08/11/2012).

A exposição do nome do devedor em edital que será publicado em jornal e afixado na serventia (art. 15, § 1º, LP) fere o princípio da dignidade humana. Oliveira e Barbosa (2009, p. 72) afirmam que tal artigo “não condiz com os princípios processuais, afastando do devedor, ou suposto devedor, o direito da ampla defesa e do contraditório, exposto no art. 5º, LV, da nossa Carta Magna”. Do mesmo pensar é Darold (1998, p. 64): “não dá efetividade às garantias constitucionais [...] ressentindo-se o art. 15, com efeito e nesta parte, de flagrante inconstitucionalidade”.

O princípio da dignidade tem por amparo os princípios da ampla defesa e do contraditório. A Constituição Federal garante a ampla defesa e o contraditório em todos os procedimentos judiciais e administrativos. O ato de protesto no tabelionato de protesto é ato administrativo, vinculando-se também às regras do art. 5, LV, CF, motivo que reclama uma efetiva e correta intimação do possível devedor, para que, primeiramente, obtendo conhecimento de demanda contra sua pessoa, possa de-

fender-se ao verificar não ser ele o responsável pela obrigação veiculada no título. Somente assim terá tempo hábil para pedir de sustação do protesto.

A Corregedoria-Geral de Justiça do Distrito Federal, vislumbrando esse disparate, editou em suas normas a obrigatoriedade da prévia tentativa postal antes da expedição do edital, até mesmo porque a função do instituto da intimação é dar ciência a alguém dos atos e termos de um processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa (art. 234, CPC):

Art. 90. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, residir em lugar incerto ou não-sabido, tiver residência ou domicílio fora do Distrito Federal ou, ainda, ninguém se dispuser a recebê-la no endereço fornecido pelo apresentante.

§ 1º. No caso de o devedor ser domiciliado fora do Distrito Federal, sua intimação se dará por edital depois de frustrada a tentada por via postal.

O princípio da dignidade humana ocupa um lugar de destaque no nosso ordenamento, fazendo da pessoa um titular de direitos e garantias que deverão ser assegurados pelo Estado Democrático de Direito não somente de forma negativa (ao impedir supressões) como também de forma positiva (ao garantir efetivamente esses direitos).

Em relação à eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet (2007, p. 470) ressalta o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5, § 1º, CF, que impõe aos órgãos estatais e particulares que “outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficacial”.

Todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009, p. 121) e, sendo o notário um delegado do Poder Público que exerce atividade estatal, está inserido nessa sentença juntamente com o Legislativo e o Judiciário.

A mais, percebe-se afronta ao princípio da igualdade, que para Moraes (2005, p. 82) sofre uma tríplice finalidade limitadora: limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. Ao legislador, no exercício constitucional de edição normativa, sob pena de flagrante inconstitucionalidade; ao intérprete/autoridade pública, que não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias; e ao particular, o qual não poderá guiar-se em condutas discriminatórias, preconceituosas ou racis-

tas, sob pena de responsabilidade civil e penal. (MORAES, 2005, p.82).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é incisiva sobre as finalidades do princípio da igualdade:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de constitucionalidade. (STF – MI n. 58-DF – Pleno – m. v. – 14.12.90 – rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, DJU de 19.4.91, p. 4.580).

Uma diferenciação que não se sustenta: AR para quem está nos limites territoriais, edital para quem não está; AR para contratos de alienação fiduciária, edital para os demais. O certo seria exigir esgotamento das diligências para localização do devedor.³⁵ Dividem do mesmo voto Oliveira e Barbosa (2009, p. 67): “A solução

³⁵ “**Ementa:** AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ARRENDAMENTO MERCANTIL. PROTESTO INVÁLIDO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO MANTIDA. I. O direito de o credor arrendante reaver o bem que se encontra na posse do devedor está diretamente ligado à caracterização da mora do último. Súmula 369, do STJ. II. Constituição do devedor em mora que pode ser realizada pela simples entrega da notificação no endereço do devedor, informado no contrato, sendo desnecessário o seu recebimento pessoal, ou pelo protesto do título. Em se tratando de reintegração de posse de bem objeto de contrato de arrendamento mercantil, não se exige que a notificação extrajudicial se dê por meio de Cartório de Títulos e Documentos, tal como ocorre na ação de busca e apreensão. III. É inválida a intimação do protesto por edital quando não configuradas as hipóteses do art. 15 da Lei nº 9.492/97 e não demonstrado que o credor esgotou as possibilidades de localização da devedora. IV. Não comprovada a

mais plausível para todo esse imbróglio seria uma mudança na legislação, preservando o mesmo tríduo legal, com a contagem do prazo semelhante ao previsto no art. 241 do CPC".

O ato de protesto perde sua característica de ser prova de inadimplência, passando a aniquilador de crédito de um devedor em potencial, visto que poderá ele já ter pagado o título ou haver erro ou dolo que aniquilem o direito de crédito do credor. A inssegurança jurídica é evidente, o conhecimento efetivo de débito não é levado ao, em tese, devedor.

Outra contradição é encontrada no prazo posterior à lavratura do protesto.

2.2 Prazo do protesto - uma afronta à dignidade

Segundo o artigo 12 da lei 9.492/97, o protesto será registrado dentro de três dias úteis contados da protocolização do título ou documento de dívida. Sublinha-se que o tríduo legal não será contado da data em que o devedor tiver ciência do futuro protesto, mas sim da data do apontamento do título na serventia.

A regra é essa, podendo levar à situação esdrúxula de o devedor apenas ter um dia para levantar o valor necessário para saldar sua dívida e não ter o seu nome restrito nos cadastros de crédito. Explico: se protocolado o título ou documento de dívida no dia 2, teremos como data limite para pagamento o dia 5, entretanto pode ocorrer de o devedor somente ser intimado no dia 4, ou mesmo no dia 5 ou outro dia além dessa data, circunstância que lhe dará apenas um dia para saldar o débito no tabelionato de protesto. Comentando essa regra, Oliveira e Barbosa (2009, p. 63) afirmam:

Ora, sob esse prisma, o devedor teria claramente cerceado o seu direito de contestar o protesto perante o tabelião e não teria tempo para invocar o Judiciário, caso tivesse interesse em discutir a existência ou não da obrigação de pagar. Nesse diapasão, é evidente que a norma fere princípios constitucionais [...].

Parizatto (2002, p. 44) também elucida: "tal prazo, que constará obrigatoriamente da intimação, deverá ser três dias úteis, contados da intimação".³⁶

regular constituição em mora do devedor, cabível a extinção da ação, mas por ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, na forma do art. 267, IV, do CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA." (Apelação Cível N° 70045193109, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, julgado em 13/09/2012).

³⁶ No mesmo sentido, Abrão (2004, p. 37) e Müller (2006, p. 45).

Percebe-se o caráter mais sancionatório que saneador do artigo 12 da Lei de Protesto, pois a lei não visa buscar a satisfação do crédito, mas colocar o devedor em uma situação de total urgência e desespero. Não se quer aqui defender o não pagamento, mas sim uma forma humanizada de cumpri-lo, de possibilitar ao devedor ao menos três dias para a adimplência. Esse foi o entendimento esboçado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, que na sua Consolidação Normativa Notarial e Registral estatuiu:

Art. 741 – O protesto será lavrado e registrado:
I – dentro de três dias úteis, contados da data da *intimação* do devedor;
II – no primeiro dia útil subsequente, quando o protesto sustado por ordem judicial deva ser lavrado ou quando o pagamento do título não se tenha consumado, por devolução do cheque pela Câmara de Compensação.
§ 1º – Na contagem do prazo, exclui-se o dia do apontamento e inclui-se o do vencimento.
§ 2º – Não será considerado útil o dia em que o expediente bancário para o público não obedeça ao horário normal. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, p. 161-162, grifo nosso).

A Corregedoria de Justiça do Distrito Federal perfilhou o mesmo entendimento:

Art. 101. O prazo de três dias úteis para pagamento, aceite, devolução ou manifestação da recusa contar-se-á:
I “ da ciência do fato, quando a intimação houver sido pessoal ou por carta, excluído o dia do começo e computado o do vencimento;
II “ da publicação da intimação por edital, excluído o dia da publicação e incluído o do vencimento. (DISTRITO FEDERAL, 2014, p. 27).

A desistência e o reapontamento do título foram um meio encontrado para burlar essa incoerência, conforme explana Wolffbüttel (2000, p. 51):

com o escopo de poder cumprir a obrigação, sem haver perigo de ser lavrado o instrumento de protesto, o devedor solicita ao apresentante que retire o título e o apresente novamente, dilatando o prazo para satisfação da obrigação, pois será novamente intimado, obtendo, assim, mais três dias, contados da nova protocolização do documento.

Essa situação do modo que se apresenta na lei, fere, sim, a dignidade do devedor, que é surpreendido com um prazo enxuto para cumprimento de sua dívida. E não unicamente a dignidade, mas a igualdade novamente é atingida, pois, se verificamos as regras de citação³⁷ de devedor arroladas pelo Código de Processo Civil com redação dada pela Lei 11.382/2006 (arts. 652 e ss.), observamos que ao devedor é dado no mínimo os três dias para levantar o numerário (art. 241, CPC).

Outra diferenciação desarrazoada: de um lado, um devedor protestado no tabelionato; de outro, um devedor cobrado no Judiciário. Ambos devedores, mesmas características e com implicações diferentes.

Lembra-se que as funções dos princípios são de interpretação e integração, valendo-se deles o intérprete para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para suprir-lhes o silêncio. É graças a eles que os sistemas constitucionais cultivam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa. Os princípios são mandamentos que se irradiam sobre as normas, dando-lhes sentido, harmonia e lógica, constituindo, dessa forma, o próprio espírito do sistema jurídico constitucional.

Da constitucionalização do direito civil deriva a repersonalização do próprio direito civil, ou, de outra monta, a despatrimonialização do direito civil: realoca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanações (FACCHINI NETO, 2003, p. 53.), ou seja, busca-se a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda que a legislação seja federal, há competência estadual para emitir normatizações, ofícios e regimentos, até mesmo a remuneração devida aos titulares em razão do exercício da função pública (emolumentos) fica a cargo dos Estados.³⁸ Foi o que a vanguardista Corregedoria de Justiça do Rio Grande do Sul fez, infelizmente não seguida da dourada Corregedoria de Justiça de São Paulo (art. 12, provimento nº 58/89, CGJ/SP), tampouco pela do Estado do Rio de Janeiro (art. 987, Consolidação Normativa RJ).

Não se averigua aqui neste trabalho a competência de tais Corregedorias poder ou não modificar texto legal, já que ofícios

³⁷ A citação (art. 213, CPC) não se confunde com a intimação (art. 234, CPC), porém ambas têm a finalidade de dar conhecimento.

³⁸ A Constituição Federal de 1988 no artigo 236, § 2º clama por lei federal que trace normas gerais sobre emolumentos: Lei nº 10.169, de 29 de dezembro de 2000, ficando a cargo dos Estados as particularidades, conforme reza o artigo 24, IV, CF. No Estado do Rio Grande do Sul há a Lei nº 12.692, de 29 de dezembro de 2006, complementada pela Consolidação Normativa Notarial e Registral do referido Estado.

estariam na hierarquia piramidal das normas abaixo das leis – muito embora ditas leis deveriam estar de acordo com a Constituição Federal, que habita o topo da pirâmide e de onde deveriam emanar todos os demais atos normativos. Acredita-se ser de louvor a atitude da sobredita Corregedoria, que por seus meios está afastando inconstitucionalidades legais.

Na ADI 1378 MC/ES, o Min. Relator Celso de Mello (DJ de 30.05.97, p. 23175) esclarece que “a atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime jurídico de direito público”. Se o serviço é público, se a função cartorária é *longa manus* do Estado, deve se subordinar às finalidades deste, ou seja, assegurar, entre outros, os princípios da igualdade material e da dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Com o desenvolvimento do presente trabalho procurou-se analisar a questão das incompatibilidades da Lei de Protesto (Lei 9.492/97) frente aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana.

Neste contexto verificou-se o ato de registro do protesto nas serventias extrajudiciais denominadas tabelionato de protestos e a responsabilização dos titulares desses “cartórios”, fazendo um co-tejo da lei dos notários e dos registradores com a lei de protestos.

O trabalho teve como corolário a busca de isonomia de intimação para aquele que figura no registro do protesto tal quais aqueles que são executados judicialmente.

O prazo exígua para solução da dívida foi também colocado em cheque diante da dignidade do devedor.

Como solução foi proposta a interface dos princípios constitucionais que constituem a base fundamental e estrutural de todo o ordenamento, de toda a interpretação ou processo hermenêutico.

Uma leitura constitucional da lei de protestos foi defendida até que a lei seja modificada. Nesse escopo, convoca-se primeiramente o Legislativo para inovar a ordem jurídica nesses pontos e em segundo as Corregedorias de Justiça de cada Estado para que tenham a coragem de oficiar contra a lei de protesto para a melhor adaptação desta à realidade constitucional.

Referências

- ABRÃO, Carlos Henrique. **Do protesto.** 3^a ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- AFONSO, Maria do Carmo de Toledo. **Protesto de títulos e outros documentos de dívida.** Belo Horizonte: O lutador, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AZEVEDO, Sílvia Nöthen de. **O protesto de títulos e outros documentos de dívida.** Porto Alegre: Edipucrs, 2008.
- BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2012.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 3 jan. 2013.
- _____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 3 dez. 2012.
- _____. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.
- _____. Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2012.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada.** 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Lei dos registros públicos comentada.** 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- DAROLD, Ermínio Amarildo. **Protesto cambial:** duplicata x boleto. Curitiba: Juruá, 1998.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Provimento Geral Da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal Aplicado aos Serviços Notariais e de Registro.** Disponível em: <<http://www.tjdf.jus.br/publicacoes/provimento-geral-da-corregedoria-aplicado-aos-servicos-notariais-e-de-registro/ProvimentoGeral>>.

NotrioseRegistradores.pdf>. Acesso em: 6 out. 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60.

GRAEFF JUNIOR, Cristiano. Considerações sobre as emendas ao Projeto do Código Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 25, n. 74, p. 385-393, nov. 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito : um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012. Parte I, p. 17-66.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito administrativo brasileiro**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜLLER, Célia. **Protesto Notarial**. São Paulo: BH editora e distribuidora de livros, 2006.

OLIVEIRA, Eversio Donizete de; BARBOSA, Magno Luiz. **Manual Prático do Protesto Extrajudicial sob o prisma da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997**: comentários à Lei nº 9.492, jurisprudência, legislação e prática. 2ª ed. Franca: Lemos e Cruz, 2009.

PARIZATTO, João Roberto. **Protesto de títulos de crédito**. 3ª ed. Ouro Fino: Edipa, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Consolidação Normativa Parte Extrajudicial**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038412/CNCGJ-Extrajudicial.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-geral da Justiça. **Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: SEDOC, 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Dezembro_2012_Provimento_19_2012.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2013.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Títulos de crédito**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Normas extrajudiciais**: provimento nº 58/89. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Normas_Extrajudiciais/NSCGJTom01.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 7^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário**

Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WOLFFENBÜTTEL, Míriam Comassetto. **O Protesto cambiário como atividade notarial:** aspectos inovadores da lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. São Paulo: Labor Juris, 2000.

Do *periculum in mora* inverso (reverso)

Reis Friede

*Desembargador federal e ex-membro
do Ministério Público*

*Ex-professor adjunto da Faculdade
Nacional de Direito - UFRJ*

*Professor titular e pesquisador do Programa de
Mestrado (MDL) da UNISUAM e da UVA
Mestre e doutor em Direito*

RESUMO

O presente artigo analisa o conceito do *periculum in mora* inverso (reverso), examinando, primeiramente, os requisitos clássicos para a concessão de medidas liminares, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Em seguida, aborda a relevância do fundamento do pedido e a possibilidade ampla de concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma de liminar, ressaltando a identificação da relevância do fundamento do pedido com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Posteriormente, passa ao estudo específico do *periculum in mora* inverso, analisando a relação desse conceito com a grave lesão à ordem pública. Por fim, aprecia a cautela e contracautela.

Palavras-chave: Medidas liminares. *Periculum in mora*. *Fumus boni iuris*. *Periculum in mora* reverso ou inverso.

ABSTRACT

This article analyzes the concept of *periculum in mora* in reverse (reverse) by examining, first, the requirements for granting Injunctive relief measures, namely, live and in the *periculum iuris facie* case. Then discusses the relevance of the merits of the request and the wide possibility of granting *ex officio* of injunctive relief in the form of an injunction, emphasizing the importance of identifying the substance of the application with *iuris facie* case and *periculum in arrears*. Subsequently, passes the specific study of *periculum in live* opposite, analyzing the relationship of this concept with the serious injury to the public order. Finally, appreciate the caution and contracautela.

Keywords: Measures injunctions. *Periculum in mora*. *Iuris facie* case. *Periculum lives* in reverse or inverse.

Introdução

Ao registrar, de forma inédita, na literatura jurídico-brasileira – quando da ocasião do lançamento da 1^a edição da nossa obra *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular*, p. 106 –, a expressão *periculum in mora* inverso (reverso), não poderíamos imaginar, para nossa grata satisfação, como *pesquisadores da Ciência Processual*, que a mesma viesse a se tornar, com o passar dos anos, não somente uma *designação técnica* consagrada pela academia nacional, mas, particularmente, objeto das mais variadas e amplas citações jurisprudenciais e doutrinárias em todo o país.

A ideia original, concebida há mais 20 anos – numa época em que existiam poucos estudos mais aprofundados sobre o tema –, era *forjar*, por imperiosa necessidade, uma *concepção conceitual*, com elevado rigor técnico, que traduzisse, com a almejada precisão, uma *designação genérica* a abranger as mais variadas (e diferentes) designações *específicas* (existentes à época) que buscavam *nominar*, naquele momento histórico de desenvolvimento do estudo da disciplina processual, o incontestável *fenômeno dos efeitos inversos* (ou reversos) do eventual deferimento das *medidas liminares* em *Mandado de Segurança* (art. 1º da Lei nº 191 de 1936, art. 1º da Lei nº 1.533 de 1951, art. 1º da Lei nº 12.016 de 2009), *Ação Popular* (art. 5º, § 4º da Lei nº 4.717 de 1965 com a redação ampliada pela Lei nº 6.513, de 1977) e *Ação Civil Pública* (art. 12 da Lei nº 7.347 de 1985) ou das denominadas *antecipações in limine* (art. 804 do CPC de 1973) nas *Ações Cautelares*.

Ainda que reste evidente que tal efeito também se manifesta no eventual deferimento de outras *medidas liminares* (em *ações específicas*), com idêntica previsão cautelar implícita, é de se registrar, por dever de lealdade, que nossa análise originária foi conduzida exclusivamente sobre o comportamento restritivo das *medidas liminares* nas mencionadas ações, o que, entretanto, em necessário reforço ao já afirmado, não exclui a possibilidade de se conceder a necessária extensão conclusiva a todas as demais ações congêneres, inclusive ao posterior advento, em 1994 (Lei nº 8.952, de 13/12/94), do instituto jurídico-processual da *Tutela Antecipada*.

1 Requisitos para a concessão de medidas liminares

Muito embora nem sempre, na prática cotidiana, a decisão final pela concessão de *medidas liminares* implique a plena e total observância, por parte do julgador, de *específicos limites existentes* para a prolação final do *decisum* – ou seja, os requisitos tradicio-

nais do *periculum in mora*¹ e do *fumus boni iuris*² –, é cediço concluir que a legislação autorizadora do provimento *liminar*^{3,4} em

- ¹ O conceito técnico de *periculum in mora* pode ser traduzido pelo fundado receio da existência de um dano jurídico, de difícil ou impossível reparação, durante o curso da ação cautelar e, por extensão, da ação principal (no caso de ações cautelares típicas ou atípicas) ou no decorrer do curso do mandado de segurança e de outras ações que admitem o provimento liminar, aferido através do juízo próprio de probabilidade, com comprovada plausibilidade de existência de dano, justificado receio de lesão de direito e/ou existência de direito ameaçado – e nunca no genérico juízo de possibilidade (que, pela extrema amplitude, não permite a imposição do princípio da segurança e do controle mínimo dos acontecimentos).
- ² *Fumus boni iuris* pode ser conceituado como a *probabilidade plausível* (e não mera e genérica possibilidade) de exercício presente ou futuro do direito de ação com provimento de mérito favorável, considerando que pequenas incertezas e eventuais imprecisões a respeito do direito material do autor (requerente ou impetrante) não devem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. “*A tutela cautelar só é viável se a pretensão deduzida ou a ser deduzida no processo principal caracteriza-se como provável, não bastando que seja razoável e muito menos que seja simplesmente possível*” (Aldo Magalhães; JTACivSP 99/267).

³ **Caráter administrativo do provimento liminar**

De um modo geral, considera-se que o provimento liminar de conteúdo cautelar possui um incontestável caráter administrativo. De fato, embora caracterizado como providência determinada pelo órgão judicial – provimento com escopo de prevenção –, em muitos casos a medida é concedida independentemente da observância formal do princípio do contraditório. Assim o é tanto no mandado de segurança e nas demais ações que expressamente admitem a liminar, como também, de modo geral, nas medidas cautelares. Diante de certas situações de urgência, e para evitar o perecimento de direitos, a lei autoriza ao juiz a concessão de liminares, sem ouvir a parte contrária. Na concessão dessas medidas *inaudita altera pars*, ocorre, em grande medida, o que Nery Júnior (1992, p. 133) denomina “limitação imanente à bilateralidade da audiência no processo civil, e que se exterioriza, quando a natureza e finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso do provimento cautelar, em forma ou não de liminares, em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (art. 81, parágrafo único, CDC) e ação civil pública”.

⁴ **Liminar como “mera prevenção do direito”**

É importante salientar, por oportunamente, que alguns autores – aparentemente confundindo o fato da inexistência de efetivo processo cautelar nos provimentos asseguratórios previstos, em forma de *liminar*, em algumas ações cognitivas (como, por exemplo, o *habeas corpus*, o *mandado de segurança*, a *ação popular* etc.), com a irrefutável natureza jurídica cautelar destes mesmos procedimentos – têm sugerido (confundindo, inclusive, os conceitos de *processo* e *procedimento*) a sinérgica inexistência de nítido *procedimento de feição cautelar* (exteriorizado por intermédio de medidas liminares) nos *writs* constitucionais, insinuando, de maneira visivelmente equivocada, que, nesses casos, os respectivos *provimentos liminares*, expressamente previstos, se cons-

nenhuma hipótese permite o excepcional⁵ deferimento do instituto sem a devida comprovação de seus *pessupostos vinculantes positivos*, além do seu *requisito negativo implícito*.

Em outras palavras, a existência efetiva da *relevância* dos motivos alegados pelo impetrante (no caso de mandado de segurança) ou pelo requerente (no caso de medida cautelar) deve ser sempre constatada em perfeita consonância com a efetiva presença do condicionante inafastável da *não produção* do denominado *periculum in mora inverso* (a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável, ou de difícil reparação, contra o impetrado ou requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou ao requerente).

Uma vez que o deferimento da medida liminar possui caráter meramente preservatório (de exclusivo objetivo de garantia da *intereza* da sentença), cuja reconhecida função social é exatamente fazer cessar, em caráter temporário, o ato impugnado, até que – em face da indiscutibilidade do direito invocado e comprovado – possa o magistrado decidir, sem incorrer em *error in judicando*, não pode, em nenhuma hipótese, por efeito, a concessão da medida pretendida produzir o que, há muito, passou-se a denominar *grave lesão à ordem pública*, compreendendo nesse conceito a chamada *ordem administrativa em geral*, ou seja, o normal andamento da execução do serviço público, o regular prosseguimento das obras públicas e o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas (TFR, suspensão da segurança nº 4405-SP, DJU 7.12.79, p. 9.221).

Em se tratando especificamente de medidas cautelares, de procedimento sumário, operacionalizadas através de ação autônoma e de processo próprio – mas com as características particulares da provisoriaidade, instrumentabilidade e assessorabilidade (art. 796 do CPC) –, a concessão da *medida liminar* (na qualidade de simples *antecipação da medida cautelar*), além de necessitar da efetiva comprovação da presença dos requisitos indispensáveis do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* (requisitos positivos) e da *não produção* do denominado *periculum in mora inverso* (requisito negati-

tituem em “meras prevenções do próprio direito”: “A liminar no mandado de segurança, na ação popular, na declaração de constitucionalidade de lei é mera prevenção do próprio direito, em nada se caracterizando como uma medida cautelar. Servem ao processo em que são proferidas, e não têm sequer procedimento cautelar, inseridas que estão no contexto da própria ação” (CASTRO VILLAR, 1988, p. 79).

⁵ É importante registrar que o *deferimento* da medida liminar é sempre excepcional, até porque está umbilicalmente ligado à sinérgica demonstração quanto à efetiva presença de seus requisitos ensejadores, em decisão fundamentada pelo magistrado.

vo), incluindo o anterior conceito restritivo da “grave lesão à ordem pública”, encontra-se irremediavelmente condicionada à observância adicional da especial restrição imposta pelo art. 804 c/c art. 797, ambos do CPC, que só permite o deferimento da *antecipação cautelar* (em forma de *liminar*), à guisa de sua própria excepcionalidade, nas comprovadas situações em que a *citação do requerido possa vir a tornar a medida ineficaz*, caso em que *poderá* o magistrado (e, nos casos de o requerido ser parte integrante da Fazenda Pública, *deverá* obrigatoriamente) determinar que o requerente preste *caução real ou fidejussória*, objetivando garantir o resarcimento dos eventuais danos que o requerido possa vir a sofrer com o futuro julgamento pela improcedência do pedido cautelar definitivo (medida cautelar típica ou atípica).

Portanto, a concessão de *liminar*, tanto em mandado de segurança, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar (as denominadas *antecipações in limine*), é medida de absoluta excepcionalidade e, por consequência, nítida vinculação à efetiva presença de todos os pressupostos indispensáveis – o que inclui, além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, a concreta e indiscutível *relevância* dos motivos alegados –, em combinação com a não produção do denominado *periculum in mora inverso* (incluindo nesse conceito a não produção da chamada “grave lesão à ordem pública”), além do requisito específico para a concessão de *antecipações cautelares* em forma de *liminar* prevista no art. 804 do CPC. Ademais, nesse diapason analítico, a mesma jamais pode ser deferida – *ainda que mediante caução* – quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento.^{6,7}

6 Onus probatório quanto aos requisitos da medida liminar

Deve ser assinalado – evitando qualquer dúvida a respeito – que o *ônus da prova* quanto à efetiva presença, no caso concreto, dos requisitos autorizadores da *providência cautelar* (em forma ou não de *liminar*) é de exclusiva responsabilidade da parte requerente.

Cabe à mesma, sob esse prisma, portanto, a inequívoca e compulsória comprovação de que se encontram sempre presentes, na hipótese trazida à colação, todos os pressupostos que viabilizam o legítimo deferimento da medida pretendida, ou seja, os *requisitos positivos* (que devem sempre estar presentes): *periculum in mora*, *fumus boni iuris* (e relevância do fundamento jurídico do pedido – para quem entende se constituir o mesmo em pressuposto autônomo) e, no caso particular de antecipação *in limine* de medida cautelar, a condição especial consubstanciada no art. 804 do CPC e o *requisito negativo* (que,

1.1 Do *Periculum in mora*

Sem a menor sombra de dúvida, o *periculum in mora*⁸ constitui-se no primeiro e mais importante dos requisitos indispensáveis

ao contrário, deve sempre se encontrar ausente): não produção do denominado *periculum in mora* inverso ou, em outras palavras, a grave lesão à ordem pública (incluindo, nessa classificação, a lesão à ordem administrativa etc.).

Não comprovado qualquer dos pressupostos permissivos da medida vindicada, deve o julgador proceder ao imediato *indefeitamento* da mesma, considerando, sobretudo, o caráter excepcional que sempre reveste a concessão da segurança cautelar, exteriorizado ou não através da medida liminar. A regra, por efeito conclusivo, deve ser o indefeitamento da providência cautelar, notadamente quando houver razoável dúvida quanto à prova (que deve ser relativamente inofismável) de seus requisitos autorizadores.

Essa é exatamente a razão segundo a qual é lícito ao juiz fundamentar sumariamente (“pela ausência de efetiva comprovação dos requisitos autorizados”) o pronunciamento judicial indefeitório da medida liminar, pois doutra forma ocorreria efetiva inversão do ônus probatório, ou seja – em lugar de a parte requerente ter de comprovar a presença de todos os requisitos autorizadores da medida liminar – restaria ao juiz demonstrar, de forma inequívoca, a ausência de pelo menos um dos pressupostos condicionantes do deferimento da providência cautelar requerida.

⁷ Deve ser consignado, por oportuno, que o constante deferimento de medidas liminares, em sinérgica afronta aos mandamentos legais restritivos do emprego do instituto (pressupostos de admissibilidade da proteção cautelar), tem contribuído, sobremaneira, para o desprestígio do Poder Judiciário, conforme amplo e constante noticiário crítico a respeito do tema, com destaque especial no caso da cassação do deputado Sérgio Naya: “Compreende-se que os advogados do deputado Sérgio Naya usem toda sorte de artifício – até desaparecer de sessões da Comissão de Justiça – para impedir ou adiar a cassação de seu mandato.

São recursos de quem tem evidentes dificuldades para discutir a procedência da acusação.

É desalentador, por outro lado, que essa estratégia seja beneficiada pela facilidade com que a Justiça concede liminares. O próprio ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, forneceu a prova de que não existia motivo para a medida que ele mesmo assinara quinta-feira: ouvindo argumentos de parlamentares, não demorou mais de 40 minutos para redigir segunda decisão, cancelando a primeira.

Fica o ministro com o mérito de polidamente reconhecer o seu lapso.

Seria melhor ainda se o episódio tivesse efeito pedagógico, o de convencer juízes e ministros de que liminares – capazes de trancar procedimentos judiciais, às vezes por muito tempo, sem que seja discutido o mérito do caso – não podem ser concedidas apenas porque alguém pediu, e com base unicamente nas alegações do interessado”.

⁸ **Periculum in mora**

Para alguns, como Castro Villar (1988, p. 128), este perigo da mora não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva, ou, como disse Calamandrei (1945, p. 42), é a impossibilidade prática de acelerar a emanação da provisão definitiva que faz surgir o interesse da emanação de uma medida provisória.

para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança ou como *antecipação de cautela*, no caso de medida cautelar em ação com idêntica designação.

[...] Indeterminado o perigo na demora não há como subsistir decisão concessiva de liminar (ac. 3^a T/TFR – 2^a R.: A.I. 90.02.24586 – RJ (p/m), rel. Des. Arnaldo Lima, RTRF 2^a Região nº 1).

Tendo-se como não configurado o pressuposto de existência de grave dano de incerta reparação, embora possam ser relevantes os fundamentos que dão base à ação, é de negar a medida cautelar (ac. SP/STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 33-1/DF (u), rel. Min. Aldir Passarinho, *Adcoas BJA t* (28.2.90), 126.439, p. 86).

O *periculum in mora* é, nesse contexto, sobremaneira, a condição necessária – porém não suficiente – para o eventual deferimento da medida liminar vindicada ou mesmo para a concessão *ex officio*, operada através do denominado Poder Cautelar Genérico, inerente à própria função do magistrado, na qualidade de representante do Estado-Juiz.

Para a obtenção da *medida liminar* e, consequentemente, da *tutela cautelar* implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela (LIEBMAN, 1968, p. 92). E isso somente pode ocorrer, conforme leciona Calvosa (1960, p. 66), quando houver efetivamente o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito.

Dois são os requisitos indispensáveis para a concessão da liminar em mandado de segurança, previstos no inc. 1º, do art. 7º, da Lei nº 1.531/51: 1) a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*); 2) e perigo de um prejuízo, do ato impugnado poder resultar a ineeficácia da medida caso seja deferida a segurança (*periculum in mora*). Concorrendo ambos, o juiz, em decisão fundamentada, concederá a liminar. Isto significa que, na falta de qualquer um dos requisitos, a providência liminar deve ser negada.

O professor e magistrado federal Reis Friede, lecionando sobre exame do *periculum in mora* que autoriza a

sória. É a mora dessa providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que se trata de prevenir com uma medida cautelar, que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva.

concessão das liminares em geral, inclusive o mandado de segurança, ensina com precisão:

"Para a obtenção da medida liminar e consequentemente da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto somente pode ocorrer, conforme leciona Carlos Calvosa (*in Sequestro Giudiziario, Novíssimo Digesto Italiano*, vol. XVII, p. 66), quando haja efetivamente o risco do perecimento e destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito" (*in Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular*, 2^a ed., Forense Universitária, 1993, p. 97). No caso, sem muito esforço percebe-se ausência da probabilidade do dano irreparável ou de difícil reparação para o deferimento da liminar (TJMS, no julg. do MS 38438-9, DJ 8.8.94, p. 3.847, rel. Des. Helvécio Chaves Martins).

A redação conceitual do instituto, como um dos pressupostos fundamentais para o deferimento da medida liminar – ou seja, fundado receio da existência de um dano jurídico (e não propriamente "fundado receio de *da-no ao direito* de uma das partes", como disciplina o art. 798 do CPC/73, considerando que, enquanto não acontecer o julgamento do mérito da chamada "*questão de fundo*", com a solução da lide, não se pode, ainda, falar em efetivo direito da parte que, eventualmente, pode até não ser reconhecido em decisão terminativa (sentença) de difícil ou impossível reparação⁹ durante o curso da ação que contém o pedido meritório

⁹ **Dano jurídico de difícil ou impossível reparação**

Para a perfeita caracterização do dano jurídico de difícil ou impossível reparação não é suficiente, apenas, a simples prova da eventual existência de um posterior dano jurídico no curso da lide, mas, além deste, a indubitável dificuldade ou mesmo impossibilidade de efetiva reparação se o mesmo vier a ocorrer: "Sem que ocorrentes os pressupostos de aparência de bom direito e de perigo da demora da prestação jurisdicional, não se defere liminarmente medida cautelar, requerida no curso da lide, quando não evidenciada a *irreparabilidade do dano*" (ac. unân. da 1^a T. do TFR, de 10.6.88, no agr. 56.647-PR, rel. Min. Dias Trindade; RTFR 165/83, grifos nossos).

"São requisitos específicos da tutela cautelar o risco objetivamente apurável, de não ser a ação principal útil ao interesse demonstrado pela parte – *dano potencial* – em razão do *periculum in mora*; e a plausibilidade do direito substancial invocado pelo pretendente à segurança, ou *fumus boni iuris*. Se o juiz, em face da prova, se convence da existência de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, poderá causar ao direito da outra *lesão grave e de difícil reparação*, deve conceder a tutela" (MELLO, 1980, p. 91, grifos do autor).

–, refere-se sempre ao interesse processual (e jamais material ou meritório) presente na busca permanente da obtenção de uma real garantia quanto à própria *efetividade* da solução final (prestação das tutelas jurisdicionais cognitiva e executiva) a ser ditada pelo Poder Judiciário, inspirado, em última análise, no que Sidou (1983, p. 255) entendeu por bem denominar “*instituto cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada*”.

A medida *liminar* não tem por objeto o *mérito* da causa, mas a garantia da eficácia do julgado caso favorável ao impetrante. (ac. S. Plen./STF, MS 20900-3/DF (ag. reg.) rel. Min. Rafael Mayer. JB nº 163, Ed. Juruá, p. 90, grifos nossos)

Para a concessão de medida cautelar há necessidade de se demonstrar, *initio litis*, a ocorrência dos requisitos essenciais que configurem o temor de dano jurídico iminente e o *interesse na preservação da situação de fato*, enquanto não advém a solução de mérito, o que corresponde ao *fumus boni iuris* [...] (ac. unân. 6.458 da 2ª Câm. do TJPR de 16.8.89, no agr. 298, rel. Des. Negi Calixto, Adcoas, 1989, nº 126.185, grifos nossos).

Processual civil. Liminar deferida, *inaudita altera pars*, em ação cautelar, rea-justando aposentadoria previdenciária em 147,06%. Ilegalidade. Segurança concedida para atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento. A *liminar*, na hipótese, é *contra legem*, afrontando os arts. 797, 798 e 804 do CPC, posto que a lesão admite reparação futura, específica e plena, e o devedor é solvente. O caráter alimentar dos proventos não justifica aumento de aposentadoria através de liminares. Mandado de segurança deferido para atribuição de efeito suspensivo a agravo aviado contra a liminar (ac. TRF da 1ª R., MS 91.01.15810-4/MG (u), rel. juiz Hércules Quasimodo, DJ 13.4.92, Seção II, p. 9.098).

A apreciação da efetiva presença do *periculum in mora* é realizada, como ensina Liebman (*apud* CASTRO VILLAR, 1971, p. 62), através de apenas um único julgamento valorativo denominado *probabilidade* sobre possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal. Por efeito, o dano deve ser aferido sempre pelo juízo de *probabilidade* e jamais pelo simples e genérico juízo amplo de *possibilidade*.¹⁰

¹⁰ Juízo de probabilidade de dano

Lopes da Costa (*apud* THEODORO JR., 1976, p. 77, grifo do autor) lembra com muita propriedade que “o dano deve ser provável” e “não basta a possibilidade, a eventualidade”. E explica: “possível é tudo, na contingência das cousas criadas, sujeitas à interferência das forças naturais e da

O denominado receio de dano há, pois, que ser *objetivamente fundado*, calculado, da forma mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em evidência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por consequência, afastado. A comprovação de seu fundamento, não obstante não permitir, por sua própria natureza, a certeza, deve permitir, no mínimo, a plausibilidade (justificação), sem o que o juízo restritivo de *probabilidade* acabaria, no exercício da prática, transmutando-se no genérico e amplo juízo de *possibilidade*.

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedágio. Rodovias federais. Medida liminar. Pedágio destinado à conservação das rodovias federais. Pedido de suspensão liminar. Ausência de *periculum in mora* visto que não irreversível o desembolso (ADIn nº 24-1-SP – Medida Liminar – rel. Min. Francisco Rezek. Plenário, decisão unânime, *in DJU* de 9.6.89, p. 10.095).

A avaliação da *plausibilidade* para a aferição do próprio juízo de *probabilidade* na apreciação da presença ou não do requisito em questão, não ensejando a certeza (prova irrefutável), evidentemente permite ao magistrado uma determinada margem de *discrecionariedade*, mas jamais verdadeiro arbítrio que se constituiria através da utilização do referido juízo amplo da *possibilidade* de dano que, assim, estaria apenas *subjetivamente fundado*, calculado de uma forma absolutamente imprecisa.¹¹ Por outro lado, como adverte Reis (1985, p. 26), não faria sentido que o juiz, para

vontade dos homens. O possível abrange assim, até mesmo, o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A *probabilidade* é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras da experiência comum ou da experiência técnica".

¹¹ **Juízo de possibilidade de dano**

Não obstante o elogável esforço da doutrina e da jurisprudência, nos últimos anos, no sentido de precisar a margem de *discrecionariedade* dos julgados para a avaliação da presença ou não do requisito do *periculum in mora*, através especialmente do esta-belecimento dos conceitos dos diferentes juízos de probabilidade e de possibilidade e, sobretudo, da questão da plausibilidade do fundamento invocado, uma parte extremamente mino-ritária e praticamente isolada, tanto na doutrina como na jurisprudência, ainda insiste na utilização da expressão genérica "possibilidade" para registrar a presença ou não de *dano* a que alude o *periculum in mora*. "No âmbito da cautelar cabe, apenas, ao julgador perquirir da *possibilidade* do dano grave consequente à ineeficácia do processo principal *periculum in mora* e dos indícios de um possível direito *fumus boni iuris* a ser acautelados. Tais são as condições ou requisitos específicos da tutela cautelar" (ac. unân. da 8ª Câm. do TJRJ, de 22.10.85, no agr. 9.476, rel. Des. Eugênio Sigaud, grifos nossos).

efeito de certificação do direito à cautela, houvesse de realizar um exame tão longo e tão refletido como o que efetua no processo principal. A proceder de tal forma, o processo cautelar perderia sua razão de ser e mais valeria à parte esperar pela decisão definitiva.

A *plausibilidade* do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispense a fundamentação ou motivação de seu conhecimento; mas isso se dará com muito maior liberdade de ação do que na formação de *certeza* que se exige no processo definitivo (THEODORO JR., 1976, p. 78).

De qualquer maneira, conforme Lopes da Costa (*apud* THEODORO JR., 1976, p. 45, grifos do autor), “a decisão deve ser *objetiva*”, isto é, “deve atender aos *fatos provados*, dos quais resulte aquela *plausibilidade*”.

É ponto tranquilo na doutrina, por outro lado, que o *risco de dano* deve corresponder sempre a fatos que venham desequilibrar efetivamente uma situação preestabelecida entre as partes, de modo que o perigo preexistente ou coexistente com o nascimento da pretensão realmente justifique a tutela cautelar, em forma de medida liminar.¹²

¹² Deve ser assinalado, por oportuno, que o motivo determinante (objetivo finalístico) do deferimento da medida liminar em mandado de segurança (a exemplo de outras ações que admitem tal provimento administrativo-cautelar) é, sobretudo, o acautelamento quanto à possibilidade (em verdade, probabilidade-plausível ou simplesmente plausibilidade) de o provimento final (meritório) tornar-se ineficaz ou, em outras palavras, uma garantia cautelar quanto à plena inteireza da sentença, afastando, desta feita, o denominado dano processual de impossível reparação (irreparável) ou, no mínimo, de difícil reparação.

Por efeito – de forma diversa do que pode parecer à primeira vista –, o dano a que alude a legislação vertente para caracterizar o principal requisito de concessão da ordem liminar, necessariamente, concerne ao chamado dano processual, ou seja, dano à efetividade do provimento jurisdicional meritório que, a seu tempo, venha a reconhecer o direito autoral. Não se trata, pois, de dano à coisa ou às pessoas (hipótese excepcional presente apenas nas denominadas cautelares administrativas) e nem mesmo de dano necessariamente irreparável, bastando ser de difícil reparação, posto que o dano processual de fácil reparação permitiria a plena e adequada correção no momento imediatamente subsequente à prolação do pronunciamento judicial sentencial.

Por essa sorte de considerações, é condenável, como bem adverte Machado (2001), a decisão do TRF da 5^a R. (AI 25.660-PE, julg. 19.9.2000, Boletim de Jurisp. nº 132/2001, p. 59), que concluiu que “a cobrança de tributos não configura dano irreparável, pois é franqueada ao contribuinte a via da ação de repetição de indébito, o que torna perfeitamente possível o retorno ao status quo ante”, considerando que a exigência da lei *in casu* cinge-se apenas ao dano processual de difícil reparação, e não à ampla possibilidade – e sim à plena e restrita plausibilidade – de completo retorno ao *status quo*.

A ineficácia da sentença que defere o mandado de segurança não ocorre apenas quando o dano decorrente do ato impugnado seja irreparável. Para que se possa afirmar tal ineficácia, basta que a sentença que defere o mandado de segurança não tenha a aptidão de, ela própria, corrigir a ilegalidade de modo útil, vale dizer, determinando desde logo a reparação do dano (MACHADO, 2000, p. 114).

Como bem lembra Coniglio (*apud* THEODORO JR., 1976, p. 79), a insolvência iminente que justifica um arresto não é a mesma que preexistia e era conhecida do credor ao tempo da constituição da dívida. O perigo de se tornar inexequível o crédito deve surgir após sua criação, como fato novo, que agrave as condições econômicas do devedor.

Nessa mesma ordem de ideias, Pontes de Miranda (2000, p. 312, grifos do autor) reafirma que as medidas cautelares supõem “*superveniência* dos fatos e *necessidade* de se afastar o óbice da antecedência ou mesmo da coexistência do perigo de dano”.

Acertada, pois, é a conclusão de Silva (1974, p. 70-71), segundo a qual,

o perigo de perda do interesse, ou de graves danos posteriores ao nascimento do próprio direito, ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente, ou, finalmente, sendo anterior à constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não poderia razoavelmente conhecer.

1.2 Do *fumus boni iuris*

Logo em seguida ao exame da indispensável presença do requisito fundamental do *periculum in mora*, a comprovação da efectiva existência do pressuposto do *fumus boni iuris* faz-se mister para a conclusão final da primeira fase do exame de viabilidade da medida *liminar* (em mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública, entre outras, ou como antecipação de tu-

ante, o que, em muitas situações, resta improável pela via do ajuizamento (posterior) da ação de repetição de indébito ou de qualquer outro processo cognitivo. Portanto, como bem já decidiram o STF (ADIn nº 567-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 12.9.91, DJ de 4.10.91, p. 13.779; RTJ Gen 138/60) e o próprio TRF da 5ª R. (MS 48.557-PE, julg. em 7.4.95), o dano processual, caracterizador do pressuposto cautelar, é todo aquele cuja reparação não pode ser determinada plenamente (em sua efetiva inteireza) pela própria sentença proferida na sede da ação principal (mandamental ou de outra natureza, conforme o caso), traduzindo a sua necessária e sinérgica efetividade jurisdicional.

tela na ação cautelar) vindicada ou derivada do Poder Cautelar Genérico.

Conforme estabelece o nosso sistema jurídico, na ação cautelar para a concessão de liminar não basta, tão-somente, a afirmação de sua necessidade formulada pelo requerente, a qual, mais das vezes, constitui uma opinião puramente subjetiva, mas, principalmente, da demonstração do requerente, da existência dos requisitos específicos da tutela cautelar, para que o juiz possa realizar a sua indispensável avaliação e se convencer ou não da necessidade de conceder a liminar requerida (ac. unân. 1.105/88 da 1^a Câm. do TJAL no agr. 5.618, rel. Des. Paulo da Rocha Mendes; DJAL de 1.9.89; Adcoas 1990, nº 128.860, grifos nossos).

Em temas de cautelar, não demonstrada satisfatoriamente a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, escorreito o *decisum* de primeiro grau que dá pela sua improcedência (ac. unân. da 1^a T. do TJMS, de 1.8.89, na apel. 263/89, rel. Des. Milton Malulei).

Segundo o pensamento de Calamandrei (1945), que já tivemos a oportunidade de expor neste trabalho, o objetivo último da providência cautelar, ínsito na medida liminar (seja nas ações de rito especial que a provêem, seja na ação, de rito especial sumário, cautelar), é exatamente o de antecipar os efeitos da providência definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução final do litígio ou até mesmo em decorrência de má-fé de uma das partes.

Dada a própria urgência da medida preventiva, evidentemente não é possível ao julgador o exame pleno do direito material invocado pelo interessado (mesmo porque isso é objetivo do julgamento de mérito na ação principal, e não do procedimento liminar), restando, apenas, uma rápida avaliação quanto a uma “provável (não simplesmente possível) existência de um direito” – a ser verificada pelo juízo próprio de *plausibilidade* –, que, em última análise, será oportunamente tutelado no momento da apreciação do pedido meritório principal, ou seja, quando do julgamento da segurança no *mandamus*, da sentença no *habeas corpus* na ação popular e na ação civil pública, entre outras ações que admitem *liminar*, ou, ainda, no julgamento do processo principal no caso da ação cautelar.

É exatamente isso, por efeito, que constitui o denominado *fumus boni iuris*, ou seja, “o juízo de *probabilidade* e *verossimilhança* do direito cautelar a ser acertado” (CASTRO VILLAR, 1971, p. 59, grifos do autor).

Fiel a seu entendimento de que a cautela é medida antecipatória da eficácia do provimento definitivo, ensina Calamandrei (*apud* CASTRO VILLAR, 1971, p. 59-60, grifos do autor) que a declaração de certeza de existência do direito é função do processo principal: “para a providência cautelar basta que, segundo um *cálculo de probabilidades*, possa-se prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar”.

Mas esse não é, contudo, o único entendimento aceito pela moderna doutrina a respeito do tema. Segundo o pensamento de vários autores que seguem os ensinamentos de Carnelutti (1958, p. 356), não se deve ver na tutela cautelar qualquer tipo de acertamento da lide, nem mesmo provisório, mas sim “uma verdadeira *tutela ao processo*”, a fim de lhe assegurar unicamente eficácia e utilidade práticas ou, em outras palavras, uma tutela específica que busca apenas e tão somente “evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa resultar da duração do processo”.

Comungamos, no entanto, do ponto de vista de que a essência da verdade sobre tão complexa questão não esteja, *data maxima venia*, definitivamente firmada, de forma irredutível, nas posições extremadas de ambas as doutrinas sobre a matéria em epígrafe. Entendemos possuir a medida *liminar*, conforme anteriormente nos referimos, uma natureza jurídica tipicamente *administrativo-cautelar*, com conteúdo de julgamento discricionário, fundado na prudente valoração do magistrado (e não no simples arbítrio) em torno da oportunidade e da conveniência da decretação da medida, e com nítido objetivo de *provisão cautelar*, por excelência, garantidora, em última análise, da *efetividade* da sentença – sem almejar, por outro lado, tocar diretamente no seio do conflito, ainda que o faça, de forma limitada e por vias transversas –, em flagrante caráter excepcional, como antecipação parcial e provisória da própria decisão meritória (e, por consequência, não se constitui numa simples “tutela do processo”, desprovida de qualquer essência mais abrangente, como doutrina Carnelutti), mas que, ao mesmo tempo e em nenhuma hipótese, pode ser confundida, em sua plenitude, com o mérito do pedido principal (como, em parte, defende Calamandrei), por corresponder exatamente a um conteúdo específico e particular, inerente à própria natureza da medida liminar, de forma ímpar e, portanto, dotada do atributo de exclusividade.

Ofumus boni iuris consiste na probabilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente em termos de certeza, apenas no processo principal já existente,

ou então a ser instaurado. A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de *probabilidade* e, por isso, seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo – *sumaria cognitio* (ac. unân. da 15ª Câm. do TJSP, de 7.6.89, na apel. 144.007-2, rel. Des. Ruy Camilo; RJTJSP 121/104, grifos nossos).

A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de *probabilidade* e por isso seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo – *sumaria cognitio*. Sobre o insucesso da ação principal, diga-se, em tese, que o Código admite, expressamente, a possibilidade de que alguém obtenha uma providência cautelar e, no entanto, venha depois a sucumbir no processo principal. Que mostra isso? *Mostra exatamente que a concessão da providência cautelar não está condicionada à demonstração plena da existência do direito alegado pela parte.* Pode acontecer que o juiz, diante dos elementos que lhe foram trazidos, suponha provável a existência desse direito, e, no entanto, mais tarde, através de investigação aprofundada que vai fazer sobre a matéria, chegue à convicção de que na realidade o suposto direito não existia. Agora, é evidente que pelo menos tem de haver elementos capazes, *prima facie*, de tornar *razoável*, aos olhos do juiz, a suposição da existência do direito – o *fumus boni iuris* (ac. da 18ª Câm. do TJSP, de 16.3.87, nos embs. 89.820-2, rel. Des. Benini Cabral; Adcoas, 1987, nº 115.982, grifos nossos).

É exatamente sob essa ótica que o requisito do *fumus boni iuris* possui seu destaque, criando o verdadeiro liame subjetivo que associa o mérito do pedido principal (*mérito primário*) ao mérito da providência cautelar (*mérito secundário*), cuja absoluta coincidência – em casos flagrantemente excepcionais – pode vir até mesmo (em situações limítrofes) a dar origem às chamadas *medidas cautelares satisfativas*.¹³

¹³ **Fumus boni iuris como elemento de ligação entre o mérito cautelar e o mérito da ação principal**

É evidente que não estamos aqui a sustentar que o fundamento da pretensão cautelar seja exatamente o mesmo do fundamento material alegado pela parte. Mas, ao mesmo tempo, negar, por completo, qualquer relação entre os diversos fundamentos de ambas as pretensões (a principal e a cautelar) através do *fumus boni iuris* (liame subjetivo que incontestavelmente as une), como deseja Liebman (1968, p. 36), amparado na doutrina de Carnelutti – ao defender na providência cautelar a existência de uma “mera ação” à base de simples interesse, e não de autêntico direito subjetivo (especialmente no caso das ações cautelares) –, é permitir negar a própria existência do requisito em questão (o *fumus boni iuris*) nas ações cautelares, como chegou a defender Campos (1974, p. 128, grifos do autor): “Se o processo cautelar tem por fim tutelar o processo, o

O *fumus boni iuris* – correspondendo exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade de efetiva existência do direito material reclamado (e não simplesmente, como deseja Ronaldo Campos (1974, p. 132), “simples verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação” (que, em essência, se constitui numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, *a priori*, restringir)) –, ao lado do *periculum in mora*, se constitui, portanto, no próprio e específico *conteúdo de fundo* (coloquial e convencionalmente chamado de “*meritório*”) da *Providência cautelar* (e da ação cautelar, em especial¹⁴), não podendo ser entendido, em nenhuma hipótese, apenas como simples condição específica da ação instrumental autônoma cautelar ou de seu *substrato liminar*, salvo quando o juízo valorativo dirige-se única e exclusivamente para os requisitos de concessão, e não para o seu conteúdo.^{15,16}

que se acerta no seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao *direito de ação*, que não se confunde de forma alguma com o direito subjetivo material”.

¹⁴ **Equivalência da sentença na ação cautelar à medida liminar nos writs constitucionais**

Na verdade, a medida liminar em mandado de segurança, ação popular e ação civil pública é muito mais aproximada, em termos de equivalência, à medida cautelar, ínsita na ação cautelar, do que propriamente, como supõem os menos avisados, equivalente à medida liminar prevista no art. 804 do CPC, cuja natureza jurídica é de simples antecipação da própria medida cautelar.

Não obstante a medida liminar, nas ações de rito especial que a preveem, não estar associada a um processo autônomo – como a medida cautelar na ação com idêntica designação –, a exemplo desta última, a medida liminar nos *writs* também possui um conteúdo meritório próprio e específico (cujo liame subjetivo que o associa com o mérito do pedido principal é exatamente o *fumus boni iuris*), considerando que, muito embora esteja inserida no mesmo processo e, por efeito, na mesma ação, possui, em qualquer hipótese, em seu procedimento peculiar, um relativo e elevado grau de autonomia.

¹⁵ **Periculum in mora e fumus boni iuris como condições específicas da ação cautelar**

Em sentido contrário, no que tange especificamente às ações cautelares, temos, entretanto, as seguintes opiniões: “as cautelares sujeitam-se às condições comuns a toda ação e subordinam-se a requisitos específicos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, gerando carência de ação a inexistência destas condições, a serem examinados ao prudente arbítrio do juiz” (ac. unân. da 2^a Câm. do TAMG, de 21.12.88, na apel. 42.409, rel. juiz Garcia Leão; RJTAMG 34 e 37/340; Adcoas, 1989, nº 125.490, grifos nossos).

¹⁶ **Fumus boni iuris como condição específica e particular da ação cautelar**

Digna de menção, entretanto, é a posição de Campos (defendida em parte por Theodoro Júnior) e assente com Castro Villar, para quem, “ao acertar o *fumus boni iuris*, o juiz acerta apenas a probabilidade e verossimilhança do pedido cautelar e não do pedido de fundo” (CASTRO VILLAR, 1971, p. 61).

Tratando-se de medida cautelar, deverá ser a pretensão objetivamente razoável, dependendo da presença dos pressupostos especiais de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, sem o que faltará interesse para agir, impondo-se a extinção do processo por *carência de postulação* (ac. unân. da 1^a Câm. do 2^º TACivSP, de 1.6.88, na apel. 221.433-4, rel. juiz Quaglia Barbosa; JTACivSP 11/382, grifos nossos).

[...] além das condições gerais, comuns a todas as ações – legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual –, as medidas cautelares devem ter duas outras condições especiais, o *fumus boni iuris* situado no campo da possibilidade jurídica e o *periculum in mora* situado no campo do interesse processual. [...] considerados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* como condições especiais de admissibilidade da ação cautelar, ou como o próprio mérito desta, o que mais interessa é que não será tutela jurisdicional cautelar prestada, sem que tais requisitos estejam presentes (ac. unân. da 14^a Câm. do TJSP, de 29.12.86, na apel. 112.879-2, rel. Des. Marcus Vinicius; RJTJSP 106/175, grifos nossos).

1.3 Relevância do fundamento do pedido e possibilidade ampla de concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma de liminar

O direito positivo vigente explicita, de forma peremptória, o duplo fundamento da providência cautelar e, especificamente, os requisitos básicos da suspensão liminar do ato impugnado na ação mandamental, a saber: a) a *relevância do fundamento do pedido ou a relevância dos motivos alegados* (expressões sinônimas); e b) a *irreparabilidade* (ou, no mínimo, a extrema dificuldade de reparabilidade) futura do eventual dano produzido pelo ato impugnado, caso, mais tarde, fosse deferida a ordem (no julgamento da segurança vindicada), que seria, neste caso, totalmente inócuia

Em suma, o requisito da ação cautelar, tradicionalmente apontado como o *fumus boni iuris*, deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal –, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direto ao processo principal a ser tutelado (CAMPOS, 1974, p. 132).

É importante mencionar, a propósito, que, para esses autores, o *fumus boni iuris* é mera condição específica da ação cautelar, não se constituindo em mérito da mesma, o que nos remete a uma curiosa conclusão: a ação cautelar, embora possua pressupostos processuais e condições genéricas e específicas, não possui qualquer conteúdo meritório e, portanto, talvez nem “*ação possa ser considerada*”.

(porque extemporânea), ineficaz e inidônea para restabelecer o *status quo ante*.¹⁷

No mesmo sentido, as leis anteriores de 1936 e de 1939 punham em relevo as condições em que seria concedida a liminar: “quando se evidenciar desde logo a relevância do fundamento do pedido, decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável do direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar preliminarmente sobrestrar ou suspender o ato aludido” (Lei nº 191, de 16.1.36, arts. 8º, 9º *apud* CRETELLA JR., 1980, p. 189, grifos nossos); “quando se evidenciar a relevância do fundamento do pedido e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparável do direito do requerente, o juiz mandará, desde logo, suspender o ato” (Lei nº 1.608, de 18.9.39, art. 324, § 2º, que instituiu o CPC, *apud* CRETELLA JR., 1980, p. 189).¹⁸

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, entretanto, afastou quaisquer dúvidas quanto à possibilidade ampla de o magistrado proceder *ex officio* na prestação da tutela cautelar, em forma de liminar, ao afirmar simplesmente que, “ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida” (art. 7º, inc. II). A nova Lei nº 12.016, igualmente, em seu art. 7º, inc. III, reforçou a mencionada tese jurídica.

É o magistrado, portanto, quem irá, em última análise, valorar o fundamento do pedido – como bem lembra Cretella Jr. (1980, p. 190) – ao apreciar o caso, em concreto, e julgar se o sobrerestamento do ato impugnado é indispensável para que o deferimento extemporâneo da medida não se torne inócuo, ou ineficaz. A *liminar* não tem, portanto, de ser, necessariamente, objeto do pedido. De corre da própria natureza do ato a ser desfeito. E quem decide isso é unicamente o juiz, *sponte sua*, dispensando a anterior necessidade inafastável de provocação pelo impetrante no *mandamus*.

¹⁷ Lei nº 12.016, de 07.08.2009, art. 7º, inc. III: “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o resarcimento à pessoa jurídica”.

¹⁸ É importante ressaltar que no regime de vigência da Lei nº 191, de 1936, a liminar era concedida tão somente mediante iniciativa do impetrante (arts. 8º, 9º), considerando-se decisão ultra petita aquela que ordenasse a suspensão do ato, sem aquela solicitação da parte. O Código de Processo Civil de 1939, é interessante notar, prestigiava esse modo de considerar as coisas, ao preceituar que “o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido”.

O impetrante pode, como leciona Cretella Jr., muitas vezes, nem atinar com a necessidade da *liminar*. O impetrante dá os fatos, assinala, ao mesmo tempo, a natureza lesiva do ato impugnado. Prova, documentalmente, o alegado. O juiz decidirá, em última análise, se o socorro é urgêntíssimo ou apenas urgente.¹⁹

Não tem razão, portanto, Santos (1973, p. 158), quando diz que “a suspensão liminar do ato depende de requerimento da parte a ser formulado com a inicial, ou em qualquer fase do processo”.

Muito pelo contrário, a razão está, certamente, com a doutrina de Nunes (1956, p. 348), quando escreve que

a suspensão liminar está facultada ao juiz para que não se frustre o direito reclamado, quando bem fundado o pedido, considerando ser esta uma apreciação em que o juiz terá que se mover necessariamente com certa liberdade.²⁰ Se for motivo de razoável receio que o mandado a ser ulteriormente concedido já se encontre irreparavelmente comprometido quanto ao direito reclamado – como no caso em que se desse posse ao funcionário nomeado, com preterição do impetrante –, é fato que a eventual irreparabilidade, ainda que relativa (porque menos atingido o impetrante do que o erário público que teria que suportar o ônus do pagamento dos funcionários), já seria razão suficiente para suspensão liminar.

No mesmo sentido, Sidou (1983, p. 347) esclarece que o fundamento é de ordem subjetiva e não processual. Postule ou não o queixoso a suspensão do ato lesivo, o juiz diligenciará nesse sentido, sob pena de, não o fazendo, esbarrar em casos diante dos quais sua sentença não terá razão de ser. “Será um julgamento vazio.”

Por efeito conclusivo, a apreciação do *fundamento relevante* é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a sinér-gica operacionalização de um móvel capaz de – em conjunto com os de-mais requisitos indispensáveis ao deferi-

¹⁹ O exemplo do mandado de segurança se aplica, por perfeita analogia, aos demais casos de ação popular, ação civil pública e ação cautelar, esta última, inclusive, por específica disposição legal do CPC, interpretada por extensão quanto ao seu alcance.

²⁰ **Concessão ex officio da tutela cautelar em forma ou não de medida liminar pelo juiz**

Esta posição doutrinária, flagrantemente majoritária, segundo a qual a tutela cautelar, em forma de medida liminar ou não, pode ser concedida *ex officio* pelo magistrado, independentemente de provocação pelas partes, é importante lembrar, já foi por nós exaustivamente abordada no capítulo específico de Friede (2002) que trata do poder cautelar geral e genérico.

mento da medida liminar – fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida liminar, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

A cautelar visa à segurança e não ao reconhecimento do direito (ac. unân. da 7^a Câm. do TJRJ, de 21.5.85, na apel. 36.501, rel. Des. Graccho Aurélio; RF 291/243).

A medida liminar é provimento cautelar de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, inc. II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejuízamento; não afirma direitos; nem nega poderes à administração. Preserva apenas o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado” (MEIRELLES, 1988).

1.3.1 Relevância do fundamento do pedido, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*

A doutrina majoritária tem entendido que os requisitos para a suspensão liminar do ato impugnado no *mandamus*, consoante o art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/09²¹, se identificam perfeitamente com os pressupostos genéricos para a concessão da medida liminar, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como se depreende claramente da norma referida, a provisão liminar visa a “paralisar a prática de ato lesivo até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário” (TEMER, 1989, p. 76)

²¹ “Art. 7º Ao despachar a inicial o juiz ordenará: [...] III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o resarcimento à pessoa jurídica” (grifos

ou à “incolumidade da sentença” (SIDOU, 1980, p. 31-42), assegurando consequentemente “a possibilidade de satisfação a ser declarada em sentença, do direito do impetrante” (NUNES, 1956, p. 349), o que se constituiria visivelmente nos mesmos objetivos das medidas cautelares de modo geral (e, por efeito, seus requisitos seriam os mesmos).

O problema do relacionamento da *providência cautelar* com o mandado de segurança não é propriamente de compatibilidade. Que esta existe, não resta a menor dúvida, haja vista a *natureza essencialmente cautelar nas liminares* pró-prias do mandado. A *liminar* aí funciona como autêntica cautela inibitória atípica, de enorme importância e extensão, como imperativo mesmo de caráter constitucional da segurança, inserida, como é, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Pode-se afirmar, pois, sem exagero, que a medida cautelar encontra no mandado de segurança o reconhecimento mais importante de sua imprescindibilidade, já que, na maioria dos casos, só através dela deixará de frustrar-se o direito subjetivo que a Constituição ampara com a ação de segurança contra os atos ilegais ou abusivos da autoridade pública” (LIMA, 1986, p. 7, grifos do autor).

Quanto ao fato de ter a medida liminar em mandado de segurança, pelas suas próprias características e finalidades, *a mesma feição nítida de igual providência em ação cautelar – nominada ou inominada*, com as vantagens e ônus decorrentes do próprio ato, praticamente, ninguém tem qualquer dúvida.

A questão coloca-se exatamente em saber se o requisito da “relevância do fundamento do pedido” corresponde ou não exatamente ao *fumus boni iuris* – ou, até mesmo, em parte, ao *periculum in mora* – em qualquer medida liminar, presente indistintamente nos *writs* constitucionais ou mesmo na ação cautelar, na qualidade de antecipadora de tutela cautelar.

Embora estejamos – possivelmente pela primeira vez neste trabalho – em posição francamente minoritária, entendemos pela doutrina segundo a qual a “relevância do fundamento do pedido”²² constitui-se em um terceiro e autônomo requisito para o deferimento da medida liminar, tanto no mandado de segurança (disposição legal expressa) como na ação popular, na ação civil públi-

²² **Fundamento jurídico do pedido e fundamento relevante**

Beznoz (1982) traça um interessante paralelo entre o fundamento relevante, como requisito da liminar, e o “fundamento jurídico do pedido”, como um dos requisitos preconizados pelo art. 282 do CPC. O autor afirma que o fundamento jurídico nada mais é que uma relação de adequação lógica entre os fatos descritos e as consequências pedidas.

ca e na ação cautelar, perfazendo – em conjunto com o quarto requisito (a não produção do *periculum in mora* inverso) – a segunda fase do juízo próprio de admissibilidade da medida liminar.

1.4 *Periculum in mora* inverso

Durante a segunda fase do exame do juízo de admissibilidade da medida cautelar, em forma de liminar ou não – ao lado do requisito da “relevância do fundamento do pedido” e, necessariamente, após a comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (relativos à primeira fase do exame do juízo de admissibilidade da medida) –, resta o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso ou, mais especificamente, na sua “*não produção*”, consistente, exatamente, no afastamento, por seu turno, da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação) contra o réu (impetrado ou requerido), como consequência direta da própria concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor (impetrante ou requerente).

[...] considero, na verdade, que o *periculum in mora* existente no mandado de segurança não é uma via de mão única. O *periculum in mora* é uma via de dupla mão de direção. Há que se atentar que, à medida que possa existir o perigo da demora ao direito do administrado, muitas vezes pode concorrer o *periculum in mora* ao direito de administração (BENZOS, 1986, p. 117-118).

Na concessão de liminar, pela ampla discrição com que age, deve o juiz redobrar de cautelas sopesando maduramente a gravidade e a extensão do prejuízo, alegando, que será imposto aos requeridos [...] (ac. unân. da 1^a Câm. do TJRS, de 26.2.85, no agr. 584.044.135, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro; RT 598/191).

Embora não se refira nominalmente ao *periculum in mora* inverso, sem a menor sombra de dúvida, salta aos olhos a competen-

Quanto à *relevância* que se pode exigir desse fundamento jurídico, Beznos entende que ela consiste apenas na *viabilidade aparente* (e daí a confusão com o requisito do *fumus boni iuris*) de que os fatos descritos *possam redundar na consequência pedida no mandamus*. Exigir mais do que isso seria impor um prejulgamento do mérito da segurança, para a outorga ou não da liminar. Arrematando: relevante será o fundamento *possível* dentro do ordenamento jurídico, *capaz* de levar à conclusão pedida pelo impetrante. Por fim, alerta o ilustre articulista que, presente essa relação de adequação entre os fatos narrados e a providência pedida, deve o juiz atentar muito mais para o *periculum in mora* sob pena de, em muitas circunstâncias, aniquilar o direito constitucional de defesa pelo *writ*.

te afirmação assente com a doutrina, do Ex-desembargador do TJRS e Ministro aposentado do STJ, Athos Gusmão Carneiro, a respeito do tema e que traduz, com absoluta fidelidade, a essência deste quarto e não menos importante requisito, ainda que sem a expressa alusão ao seu *nomen iuris*.

Vale colacionar no ensejo a norma do art. 401 do CPC de Portugal em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar “*salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar*”. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não-concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente perquirir sobre o *fumus boni iuris*, sobre o *periculum in morae* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares) (CARNEIRO, 1992, 24, grifos nossos).

No mesmo sentido, relaciona Lacerda (1998, p. 340), tratando do Poder Cautelar Geral e afirmando a prudência com que deverá agir o juiz, no que tange à observação do requisito do *periculum in mora* inverso: “as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre ínsito nas providências cautelares”, devem ser sempre observadas bilateralmente, eis que se encontra diretamente em jogo “o bom nome e até a seriedade da justiça”.

De forma inclusive mais contundente, adverte também Aragão (1990, p. 33) que “*há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar*”.

A não produção do denominado *periculum in mora* inverso, necessariamente implícito no próprio bom senso do julgador, portanto, desponta inegavelmente como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar – a ser sempre e obrigatoriamente verificado, de forma compulsória –, uma vez que, em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte – mas tranquila para outra – por uma nova que apenas invertesse a equação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames (até então inexistentes e por vezes até mesmo insuportáveis).²³

²³ **Escolha na imposição do gravame à parte pelo julgador**

O próprio princípio da imparcialidade do julgador jamais poderia licitamente permitir a “escolha” consciente da imposição de qualquer gravame a uma das partes, até porque este não é o verdadeiro objetivo

Ação cautelar. Liminar. Cassação, *pois que o fumus boni iuris e o periculum in mora militam, no caso, em favor da parte contrária*. Se o fumus boni iuris e o periculum in mora militam em favor do requerido, dá-se provimento ao agravo para cassar-se a liminar deferida em favor dos requerentes (ac. 2^a T./TRF - 1^a R., A.I. 91.01.06748-6/MG (u.), rel. juiz Hércules Quasímodo, DJ 13.4.92, Seção II, p. 9.112).

Por outro lado, a ausência de um estudo mais apurado sobre a efetiva presença dos principais requisitos autorizadores para o deferimento da medida liminar vindicada (relativo ao que entendemos por bem denominar primeira fase, ou seja, *periculum in mora e fumus boni iuris*), além de um juízo reflexivo mais abrangente quanto à *relevância do fundamento do pedido* (relativo à chamada segunda fase ou fase subsequente da avaliação), pode ensejar, por parte do magistrado, uma indesejável análise superficial da questão, conduzindo-o a um eventual e leviano deferimento da medida (que sempre sustenta caráter de absoluta excepcionalidade, ou seja, em caso de dúvida, quanto à efetiva presença dos pressupostos, a *não concessão da medida liminar deve ser a regra*) em virtual prejuízo do próprio instituto cautelar, com flagrante resultado de desprestígio à justiça, em termos gerais, e ao Poder Judiciário, em particular, podendo até mesmo vir a constituir-se em instrumento capaz de produzir uma excepcional e teórica situação analógica de *periculum in mora inverso* contra a, em princípio, intangível acepção maior do *Estado-juiz*.²⁴

do processo cautelar autônomo ou do procedimento cautelar em forma de liminar que visa exatamente a encerrar a eventual situação de *risco*, garantindo a certeza da decisão final e, por consequência, a efetividade da sentença.

²⁴ **Condições fundamentais para a ampla aceitação do Judiciário pela sociedade**

Luhman (*apud* FALCÃO, 1992, p. 7) aponta três condições fundamentais para o Poder Judiciário ser aceito pela sociedade: a) *produzir decisões* (sentenças); b) *implementar decisões*; e c) *solucionar ou minorar, de forma real, o conflito aparentemente resolvido na sentença*.

Embora a primeira condição pareça óbvia porque todos, aparentemente, vão ao Judiciário para buscar uma decisão (na realidade fática), esta condição preliminar não só não é óbvia, como ainda é de difícil operacionalização porquanto (talvez, até na maioria dos casos) os jurisdicionados não buscam no Poder Judiciário propriamente uma decisão e, sim, buscam, na maioria dos casos, *evitar* esta mesma decisão.

O aparente paradoxo, no entanto, é resolvido pela simples observação da prática judiciária do dia a dia. Por exemplo, quantas pessoas, de fato, preferem recorrer à Justiça, através de *medidas cautelares* (com previsão *liminar*), para, através de pseudogarantias de fiança bancária, deixar – ou pelo menos adiar *sine die* – de recolher importante volume de tributos ao fisco, sob

A concessão, indiscriminadamente transformada em verdadeira benesse, vem retirando a seriedade do denominado remédio heróico, enfraquecendo o *writ* como *remedium iuris* excepcional, em desprestígio da própria justiça enquanto instituição. E, não raras vezes, após a concessão da *liminar*, o mandado não é provido, mas o fato já se tornou irreversível e consumado. A concessão de liminar há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. *A concessão indiscriminada de medidas liminares poderá levar ao referendo de caprichos e procrastinações, às vezes irreversíveis, com desprestígio do próprio Poder Judiciário [...] (OLIVEIRA, 1988, p. 194, grifos nossos).*

1.4.1 Periculum in mora inverso e grave lesão à ordem pública

Não obstante ser considerada tradicional a nomenclatura *grave lesão à ordem pública*, consagrada pela redação do art. 4º, da Lei nº 4.338/64²⁵, é importante advertir que essa expressão não é absolutamente sinônima do termo *periculum in mora inverso* (na qualidade de pressuposto fundamental para a concessão da medida liminar), guardando, na verdade, em relação a este, uma íntima relação de espécie e gênero.

Por efeito, o requisito da não produção do denominado *periculum in mora inverso* abrange, em sua plenitude, o chamado risco de *grave lesão à ordem pública* (incluindo, neste último, a *ordem administrativa em geral*²⁶), sem, no entanto, esgotar o insti-

os mais diversos argumentos que mais tarde – ou mesmo concomitantemente em processo equivalentes – são julgados improcedentes ou, na verdade, não possuíam qualquer chance real de êxito? Quantos inquilinos, segundo o próprio exemplo de Falcão (1992), preferem recorrer ao Judiciário a pagar o aumento do aluguel contratado, apostando num eventual acordo com o proprietário premido pela lentidão de uma solução final (ou de uma eventual anistia fiscal, no primeiro caso)? Portanto, nem mesmo podemos afirmar que a primeira condição para o Judiciário ser aceito pela sociedade encontra-se, de forma plena e absoluta, satisfeita.

²⁵ “Art. 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e economia pública*, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, poderá suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar e da sentença; dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato” (grifos nossos).

²⁶ **Ordem pública**

Interpretando construtivamente e com largueza a *ordem pública*, o então presidente do TFR e posteriormente Ministro do STF, José Neri da Silveira, explicitou: “Nesse conceito se comprehende a *ordem administrativa em geral*, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas” (TFR, Suspensão de Segurança nº 4.405 - SP, DJU de 7.12.79, p. 9.221).

tuto, uma vez que, reconhecidamente, pode também existir a hipótese em que o *gravame* (ou prejuízo efetivo irreparável ou de difícil reparação) derivado do eventual deferimento da medida liminar (sobretudo como antecipação de tutela cautelar na ação própria) venha a atingir apenas um particular e, por consequência, um interesse eminentemente privado.

A conclusão, portanto, é no sentido de que o pressuposto genérico da não produção do *periculum in mora* inverso (ou *reverso*) possui uma dimensão muito mais ampla que, necessariamente, transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por essa razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior.

1.4.2 Das divergências perceptivas sobre o *periculum in mora* inverso

Não obstante a mencionada consagração da expressão “*periculum in mora inverso*”, é importante ressaltar que muitos equívocos e uma certa incompreensão do novel requisito ainda continuam a existir no seio da nossa comunidade acadêmica.

Muito provavelmente, a confusão mais comum é exatamente a de não compreender que o *periculum in mora inverso* é precisamente a *concepção reversa* do mais importante pressuposto autorizativo para a concessão da *tutela cautelar* ou *antecipatória*, em forma de provimento *liminar*, ou seja, o “*periculum in mora*”.

Neste sentido, alguns articulistas têm apontado, em evidente equívoco, que o requisito negativo consubstanciado no *periculum in mora inverso* se traduz pela previsão original ínsita no art. 273, § 2º, do CPC (“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de *irreversibilidade* do provimento antecipado”) (CAMPOS, C., 2008; CHAVES, 2012; LEME, 2013), ainda que curiosamente alguns autores aparentem, em suas respectivas dissertações, compreender a natureza intrínseca do *periculum in mora inverso* na qualidade de verdadeiro *contraponto* ao requisito básico e fundamental do “*periculum in mora*”.

[...] situação em que há *risco* para ambas as partes, devendo o magistrado, nos moldes dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferir a *potencialidade ou intensidade desses riscos para cada lado* [...] (LEME, 2013, p. 5).

Oportuno ressaltar que o instituto da *Tutela Antecipada*, de forma diversa da *Tutela de Segurança Cautelar*, possui, além

do requisito do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (ainda que com uma roupagem diversa²⁷), a necessária *reversibilidade* dos *efeitos*²⁸ do provimento antecipatório, ou, em outras palavras, o *instituto da tutela antecipada*, além de possuir o *impedi-*

²⁷ Muitas vezes têm sido confundidos os diferentes conceitos da *verossimilhança da alegação* (típico requisito autorizador para a concessão de *tutela antecipatória*) com o tradicional *fumus boni iuris* (relativo ao pressuposto para o deferimento de *tutela cautelar*). Se é certo que ambos os institutos processuais guardam suas indiscutíveis semelhanças, é igualmente correto afirmar que não são idênticos por outro prisma, não obstante algumas vozes discordantes nesse particular.

Na verdade – através de uma arriscada simplificação –, seria razoável concluir que a *verossimilhança* da alegação (na qualidade de incontestado *juízo de convencimento* a ser procedido sobre o quadro fático apresentado pela parte) nada mais é do que um *fumus boni iuris ampliado* que melhor se traduz pela “*semelhança ou aparência de verdade*” do que propriamente pelo restrito conceito de “fumaça do bom direito”.

Essencialmente, trata-se de conceito menos abrangente do que o *juízo amplo de possibilidade* (veja a propósito maiores detalhes em Friede (2002)), porém mais elástico do que o *juízo próprio de probabilidade plausível*, inerente ao requisito cautelar do *fumus boni iuris*.

²⁸ Segundo lições de Dinamarco (1995, p. 176-177, grifos do autor), “as medidas inerentes à *tutela antecipada*, como já tivemos a oportunidade de consignar, têm nítido e deliberado caráter satisfatório, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatibilidade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.

Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfatório da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). (Fala a lei em ‘irreversibilidade do provimento antecipado’, mas não é da irreversibilidade do provimento que se cogita. A superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou o julgamento de algum agravo podem reverter o provimento, mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos).

Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.

Uma cautela contra a irreversibilidade reside na aplicação de regras inerentes à execução provisória das sentenças. O § 3º do art. 273 manda aplicá-las para impedir a alienação de bens do réu e para condicionar à prévia caução idônea o levantamento de dinheiro. Dita a reversão à situação anterior em caso de desfazimento do título executivo, aplicando-se também essa regra à execução antecipada. Mas, ao remeter-se somente aos incisos II e III do art. 588 do Código de Processo Civil, aquele § 3º exclui a exigência de caução para dar início à execução provisória. De todo o disposto no § 3º resulta, pois, que a execução provisória das decisões antecipatórias com caráter condenatório far-se-á sem prévia caução mas não chegará à expropriação de bens penho-

mento relativo²⁹ da não produção do denominado *periculum in mora inverso*, também possui, em adição, o *impedimento absoluto*³⁰ quanto à reversibilidade do provimento antecipatório, não se confundindo, portanto, o primeiro – simples contraponto do requisito básico do *periculum in mora* – com o segundo, requisito expresso e específico vocacionado para as hipóteses de *tutela antecipada*.

Em qualquer hipótese, a verdade é, acima de tudo, que o requisito negativo do *periculum in mora inverso* é anterior ao próprio advento do instituto da *Tutela Antecipada* (1994) e alude, genericamente, nas palavras de Ferraz (1996, p. 143), ao simples fato de que “*a liminar não deve ser concedida se o dano resultante do deferimento for superior ao que se deseja evitar*”.

Havendo dúvidas objetivas sobre a localização efetiva da área ocupada, objeto de reintegração de posse, mais aconselha que se mantenha o *status* atual, afastando-se a demolição pretendida até que se ultimem as provas na ação de retomada, evitando o *estabelecimento de periculum in mora inverso* com a medida drástica referida (TJSC; AI 222992 SC 2011.022299-2; relator: Gilberto Gomes de Oliveira; 2^a Câmara; 30/01/2012, grifos do autor).

Restando ausente a demonstração, de plano, da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, bem

rados e, propiciando embora o levantamento de dinheiro, condiciona-o a caução. (Nesses casos, estando assim satisfatoriamente garantida a reversibilidade, inexistem males a temer. A lei deixou de fora qualquer disposição sobre a responsabilidade civil do exequente, mas resulta das normas gerais de direito privado que, se prejuízos houver, por eles responderá quem se valeu da tutela antecipada e depois se provou que não tinha direito).

Cautelas análogas o juiz adotará em relação a qualquer outro direito cujo gozo autorizar por antecipação. Determinando-se a entrega de bem móvel, exigirá caução idônea que assegure a devolução. Se for entregue bem imóvel, o risco é menor. O cumprimento das obrigações de não fazer poderá ser exigido desde logo quando a atividade vedada é contínua e assim for puramente pecuniário o possível prejuízo (exige-se caução, se for o caso).

Sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o voto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que a concede, cabe ao juiz em cada caso impor as medidas asseguratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu (cauções, etc.).”

²⁹ Necessário *contraponto* ao requisito do *periculum in mora* originário e, portanto, necessariamente adstrito aos *efeitos colaterais* que o mesmo possa vir a produzir.

³⁰ Impedimento *autônomo* que alude à necessária reversibilidade da antecipação dos efeitos jurídicos de natureza meritória (direito material).

como presente o *periculum in mora inverso*, tendo em vista o caráter alimentar dos adicionais por serviços extraordinários devidos aos filiados ao Sindicato réu, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada (STJ; AgRg na AR 4076 PE 2008/0209876-0; relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura; 23/02/2011; 3ª Seção; DJe 03/03/2011, grifos do autor)

[...] “O *periculum in mora inverso* e o princípio da proporcionalidade devem ser considerados, pois ‘há liminares que trazem resultados piores que aqueles que visam evitar’ (Egas Moniz de Aragão)”. (TJSC; AG 67784 SC 2009.006778-4; relator: Luiz Cézar Medeiros; 3ª Cam.; 12/02/2010).

Neste prisma analítico, sintetizou bem a noção conceitual de *periculum in mora inverso* Carpena (1999, p. 10) quando preconiza, de forma resumida, que

periculum in mora inverso nada mais é do que a verificação da possibilidade de deferimento da liminar causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente; [...] nenhum magistrado deferirá uma medida *in iusto litiis* se averiguar que os efeitos de sua concessão poderão causar danos nefastos e deveras mais violentos do que visa evitar.

Em necessário reforço, o já citado Carneiro (1992, p. 24) reembra, com mérita propriedade, que

por vezes a concessão de liminar poderá ser mais gravosa ao réu do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado perquirir sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado.

Igualmente, Dias (2005, p. 55) reconhece – inclusive citando Carneiro – que “*há setores na doutrina, contudo, que apontam para a necessidade de não gerar, a concessão, um efeito mais gravoso que o que se pretende evitar com a providência cautelar*”.

E continua o mencionado autor, afirmindo que “essa posição se impõe, porque, em princípio, o que se busca tutelar é a *eficácia da decisão de mérito*, e não os *interesses materiais das partes*”.

O escopo último da tutela cautelar é garantir a higidez prática da decisão judicial meritória, sendo, em última instância, mais uma garantia assecuratória da efetividade jurisdicional que, por assim dizer, um modo de deferimento sumário e parcial da pretensão da

parte. Embora não haja expressa previsão legal acerca do tema, a doutrina tem colocado em evidência que há a necessidade de garantia do tratamento isonômico das partes também no processo civil (DIAS, 2005, p. 55).

Em idêntico sentido, Schaefer Martins (2003, p. 77) pontua:

O princípio da igualdade integra o princípio do devido processo legal, pois preconiza pela igualdade formal perante o Juiz que torna concreta a norma legal e pela igualdade processual no interior do processo. Este princípio realiza-se com o tratamento paritário dos litigantes no processo.

Prossegue Dias (2005, p. 129, grifos nossos), ainda sobre o tema:

se de fato é assim, *não há como se pensar em uma tutela cautelar que acabe por produzir um efeito lesivo mais grave que aquilo que pretende evitar ou que simplesmente transfere de uma parte a outra o ônus conservativo decorrente do acautelamento da situação litigiosa*. A situação de produção de efeito de maior gravidade do aquele que se pretende acautelar ou mera transferência constitui-se em *inequívoca violação da isonomia* das partes, sobretudo quando se leva em consideração que no âmbito cautelar não há espaço para a proteção dos direitos alegados pelas partes. Embora o fundamento constitucional seja evidente, não se deve deixar de considerar que o próprio sistema positivo estabeleceu meios de compensação dos riscos quando a decisão cautelar contrive risco de quebra da isonomia processual. Esses meios são desdobramentos do princípio da isonomia processual e que se convencionou chamar de procedimentos de *contracautele*.

É, portanto, através do instituto da *contracautele* que é possível, pelo menos em tese, se estabelecer um mecanismo que se, por um lado, não afasta por completo o *periculum in mora inverso* na qualidade de requisito impeditivo para a concessão de providências cautelares ou antecipatórias, em forma de medida liminar, ao menos minimiza seus efeitos.

Tais institutos autorizam que em determinadas hipóteses o juiz possa fixar um meio de garantia de não produção do risco, ou pelo menos, criar um meio de *minimização do perigo* por meio de uma salvaguarda de cunho patrimonial (DIAS, 2005, p. 129).

Antecipando algumas vezes o resultado final do processo, a medida cautelar, ao mesmo tempo em que afasta

o periculum in mora, pode trazer o risco de prejuízo para a parte que deve sofrer os efeitos dessa antecipação. [...] Em tais hipóteses, como observa Calamandrei, a caução funciona como cautela da cautela ou contracautela. (MARQUES, 2000, p. 437).

Neste sentido, o já citado Dias (2005, p. 55-56, grifos do autor) afirma também que

do mesmo modo, que está assente na mais moderna doutrina que não existe discricionariedade na oferta da proteção cautelar, quando verificar o juiz que a cautela ofertada induzir a situação mais grave que a originariamente reclamada, estará obrigado a exigir a prestação de caução ou outro meio adequado. Não se trata de um requisito genérico que deve ser avaliado pelo juiz no momento da concessão da tutela cautelar, mas a *inversão do risco*, gerando situação mais grave que a acautelanda demanda do juiz, com a finalidade de garantir a isonomia processual, a *contracautela* mais adequada. Admitir-se que possa o juiz determinar com a cautela ofertada situação mais grave ou apena mero *deslocamento subjetivo do risco* importaria em reconhecer a insubsistência do princípio da isonomia processual e tanto quanto isso desconfiguraria o caráter conservativo das ações cautelares. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as contracautelas típicas (art. 804 do CPC) são institutos relacionados ao processo cautelar, não se estendendo a ações especiais como, por exemplo, o Mandado de Segurança. Assim, por via de exclusão, fixou que essas medidas são pertinentes no âmbito cautelar sempre que verificados os seus pressupostos. Ainda mais especificamente quanto ao âmbito cautelar, contudo, o Superior Tribunal de Justiça assumiu posição de que estando presente o efeito mais grave decorrente da concessão da proteção cautelar ou importando ela em mero deslocamento do risco é de se exigir a contracautela, não sendo, assim, mera faculdade judicial. Assim, a contracautela é vinculante ao juízo quando evidenciada a situação de inversão do *periculum in mora*."

Tais institutos – as medida cautelares e as contracautelas – representam duas faces da mesma moeda; elas se complementam de tal sorte que a compreensão dos limites e alcance das medidas cautelares imbrica-se com a percepção das fronteiras e extensão das contracautelas. (CAVALCANTE *apud* DIAS, 2005, p. 54)

1.4.3 Cautela e contracautela

Muito embora as normas infraconstitucionais relativas às medidas cautelares, em termos gerais, e às medidas liminares, em termos particulares, disciplinem diversas sanções para os eventuais prejuízos provocados pelo deferimento da providência cautelar – desde que promovida de *forma maliciosa* ou *por erro grosseiro* pela parte vindicante –, nem sempre a indenização prevista na lei poderá alcançar a própria irreparabilidade de determinados danos importantes impostos ao requerido/impetrado (ou mesmo a terceiros) pela própria efetivação da medida.

A concessão de liminar, inúmeras vezes, causa danos a terceiros, atingidos pelos efeitos da medida, o que empenha a obrigação de indenizar, se o impetrante agiu com culpa (A parte que, maliciosamente, ou por erro grosseiro, promover medida preventiva responderá também pelos prejuízos que causar) – CPC de 1939, art. 688, parágrafo único (CRÉTELLA JR., 1980, p. 193).

Nesses casos – ou ainda nas situações em que os eventuais prejuízos não são indenizáveis por ausência dos requisitos para tanto –, nem mesmo a chamada *caução* em garantia ou *contracautela*, prevista em vários dispositivos da legislação infraconstitucional, especialmente o art. 804 do CPC/73 (e exigida ou não ao sabor do prudente arbitrio do juiz), pode ser indicada como efetiva solução ao problema que, por seu turno, somente poderá ser realmente evitado através da rigorosa observância do anteriormente mencionado requisito indispensável da não produção do *periculum in mora* inverso.

A contracautela não é *conditio sine qua non* do deferimento da medida liminar e sim providência destinada a evitar o *periculum in mora* resultante da concessão imediata da providência cautelar. Do contrário, acabariam neutralizados os efeitos das medidas liminares, ou se dificultaria demasiadamente sua concessão [...] (MARQUES, 1976, p. 370, grifos nossos).

É evidente, entretanto, que em certas situações a *caução*, ou *contracautela* exigida pelo julgador, perfaz-se em providência suficientemente eficaz para afirmar, em última análise, o difícil e almejado equilíbrio cautelar no processo em discussão, garantindo a plena viabilidade do mesmo, no sentido da efetividade final do *decisum* meritório objetivado; como também é verdade que, em certos casos, o deferimento da medida liminar a uma das partes não possui o condão de impor qualquer ônus excepcional à outra parte, mantendo o desequilíbrio original que se buscava corrigir com a concessão da medida.

Por todas essas razões, é importante entendermos que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada.^{31,32,33}

Caução fidejussória ou real é condição que fica a critério do magistrado que concede a liminar, já que *o art. 804 do CPC encerra norma meramente facultativa e não*

³¹ É oportuno registrar o fato de que o condicionamento compulsório da liminar à caução prévia existe no direito alemão (§§ 921 e 936 do ZPO) e no argentino (art. 199 do CPC federal).

³² É importante frisar que embora o Código de 1939 não cogitasse a caução como contracautela, a jurisprudência, durante sua vigência, passou a exigí-la, principalmente como condição de deferimento liminar da medida inominada da sustação do protesto cambial. Como se lê em acórdão da 5^a Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, datado de 16.5.73, “o abuso dos pedidos de sustação, como meio de ganhar tempo para cobrir fundos bancários, insuficientes, prolongando a mora sem sanção, fez com que os magistrados passassem a exigir o depósito prévio da quantia objetivada, como meio de cortar os excessos” (RT, 456/122).

³³ Conforme salienta Lacerda (1998, p. 345-346), caução constitui meio genérico de garantia. O Código usa a expressão “caução real ou fidejussória”, já empregada pelo Código Civil nos arts. 419 e 729, para abranger as duas espécies destacadas pela doutrina. Como exemplos de caução real, citam-se a hipoteca, o penhor, a anticrese e o depósito de títulos de crédito, equiparável a penhor pelos arts. 789 e segs. do Código Civil, bem como o de outros títulos e valores mercantis. Consideram-se também cauções reais os depósitos judiciais em garantia, feitos em dinheiro ou em outros bens móveis ou imóveis, embora não formalizados em penhor ou hipoteca. As cauções fidejussórias possuem natureza pessoal. Seu exemplo típico é a fiança, mas nelas incluem-se igualmente outros negócios jurídicos de garantia, como a cessão ou promessa de cessão condicional de créditos ou direitos de outra natureza. Qualquer dessas modalidades serve à contracautela, apesar de serem mais comuns e usuais a fiança e o depósito em dinheiro. A jurisprudência tem admitido, também, o depósito de mercadorias e o penhor (RT, 500/112 e 114). Na caução do art. 804 deparamos com a interessante figura de cautela enxertada em cautela, por exigência de ofício do juiz (art. 797), sem audiência do requerido, de cujo interesse cuida-se. Não se confunde essa medida com as cauções do art. 799 e dos arts. 826 e segs. As primeiras resultam de providência inominada, não prevista em lei material, ao passo que as últimas constituem projeção processual das cauções prescritas ou autorizadas no direito material ou no contratual, como instrumentos de garantia em face de relações principais litigiosas. Por isso, bem andou o congresso de magistrados realizado em agosto de 1974 no Rio de Janeiro, quando concluiu que a caução do art. 804, porque prestada direta e imediatamente por ordem judicial, sem citação do réu, nada tem a ver com o procedimento cautelar de caução tratado pelos arts. 826 a 838.

imperativa (ac. unân. 5.564 da 1^a Câm. do TJPR, de 10.3.87, no agr. 517/86, rel. Des. Oto Luiz Sponholz; Adcoas, 1988, nº 116.596, grifos nossos).

Pelo art. 804 do CPC, a prestação de caução é *ato que fica a critério do juiz* [...] (ac. unân. da 1^a Câm. do TJSC, de 8.11.88, no agr. 4.724, rel. Des. Protásio Leal; Jurisp. Cat. 62/204, grifos nossos).

O instituto da caução tem por finalidade evitar o risco de abusos nas medidas cautelares, cuja concessão pertence exclusivamente à discrição do juiz. Assim como a concessão de medida cautelar sem audiência da parte contrária é faculdade que a lei concede ao juiz, da mesma forma a *exigência de caução, ou dispensa, para a respectiva concessão liminar, fica exclusivamente ao arbitrio do magistrado*, sem que se possa ter como ofensiva ao direito do interessado uma ou outra solução escolhida pelo julgador. [...]

Desde que conscientizado da existência do bom direito em favor do autor e inexistindo risco de lesão grave e de difícil reparação, pode o juiz dispensar a caução, sem que sua decisão implique ofensa ao direito da parte contrária (do voto do juiz Ney Paolinelli, rel. do ac. unân. da 3^a Câm. do TAMG, de 25.11.86, no agr. 5.002; RJTAMG 29/73, grifos nossos).

A providência estabelecida no art. 804 do CPC, como contracautele eventual, representa mera faculdade atribuída ao julgador, a quem se reserva, no exame de cada caso concreto, prudência e discrição na avaliação da sua necessidade. O fato de o Código estabelecer a obrigação de indenizar por parte dos que sucumbirem nas medidas cautelares quando a execução destas possa causar prejuízo aos requeridos – art. 811, do CPC – não implica, necessariamente, o dever de o juiz sempre determinar a prestação de caução pelos respectivos requerentes (ac. unân. da 4^a Câm. do 1º TACivSP, de 28.5.86, no agr. 357/84, rel. juiz José Bedran; JTACivSP 99/161).

Conclusão

A concessão da tutela de acautelamento, em forma de provimento liminar, tanto em mandado de segurança e nas demais ações que a admitem, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar, é medida de absoluta excepcionalidade e vinculação à presença de todos os pressupostos indispensáveis, o que inclui, além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, a rigorosa observância quanto à nãoprodução do denominado *periculum in mora inverso* (além do requisito específico para a concessão de antecipações cautelares em forma de

liminar prevista no art. 804 do CPC), sendo certo que a mesma jamais pode ser deferida (*ainda que mediante caução*) quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento.

Outrossim, resta importante consignar que a apreciação dos *pressupostos autorizadores do provimento cautelar* é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a operacionalização de um móvel capaz de fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida *liminar*, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

Cumpre observar que o requisito genérico da não produção do *periculum in mora inverso* (ou *reverso*), neste sentido, em necessário reforço argumentativo, possui uma dimensão muito mais ampla que necessariamente transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por essa razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior, o que importa concluir que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada, uma vez que não necessariamente tal possibilidade afaste, de forma derradeira, o obstáculo desse novel *requisito negativo* à concessão da medida acautelatória, em forma ou não de provimento liminar.

Referências

ARAGÃO, Egas Moniz de. Poder Cautelar do Juiz (Medidas Cautelares). **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 37-56, 1990.

BEZNOS, Clóvis. A Liminar em Mandado de Segurança, Limites à Discricionariedade do Juiz. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba: Forense, v. 31, 1982.

_____. **Curso de Mandado de Segurança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.** Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CALVOSA, Carlos. Sequestro Giudiziari. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novíssimo Digesto Italiano.** Torino: UTET, 1960. vol. XVII.

CAMPOS, Cynthia Amaral. **Que se entende por "periculum in mora" inverso?** Rede de Ensino LFG, 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081211174513359&mode=print>. Acesso em: 28 mar. 2014.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Estudos de direito processual.** Uberaba: Rio Grande Artes Gráficas, 1974.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Liminares na Segurança Individual e Coletiva. **Revista da AJUFE,** Brasília, mar./jun. 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito e Processo.** Napoli: Morano, 1958.

CARPENA, Márcio Louzada. **Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil é obrigatório informar data de publicação do artigo. 1999. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosM%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosM%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20(4)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2013.

CASTRO VILLAR, Willard de. **Ação Cautelar Inominada.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Medidas Cautelares.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

CHAVES, Patrícia Mendes. **Concessão da Tutela Antecipada e a Liminar na Ação Cautelar:** Observância do *Periculum in Mora* Inverso. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, AMV Faculdade Integrada, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K22116.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2013.

CRETELLA JR., José. **Comentários às Leis do Mandado de Segurança.** São Paulo: Saraiva, 1980.

DIAS, Jean Carlos. Contracautela e "Periculum in Mora" Inverso: A Garantia da Isonomia no Processo Cautelar. **Repertório de Jurisprudência IOB,** São Paulo, v. III, n. 2, páginas inicial e final do texto de Dias, jan. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 1995

FALCÃO, Joaquim. Quem julga o Supremo? **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 set. 1992. Caderno de Opinião.

FERRAZ, Sergio. **Mandado de Segurança (individual e coletivo)** - aspectos polêmicos. São Paulo: Malheiros, 1996.

- FRIEDE, Reis. **Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- _____. **Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Antecipada e Tutela Específica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LEME, Fábio Ferraz de Arruda. **Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar**. In: DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferencias-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar>>. Acesso em: 28 mar. 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1968.
- LIMA, Alcides de Mendonça. A Eficácia Temporal da Medida Liminar em Mandado de Segurança. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 42, páginas inicial e final do artigo de Lima, 1986.
- MACHADO, Hugo de Brito. A Medida liminar e o Solve et Repete. **Correio Braziliense**, Brasília, 14 maio 2001. Suplemento, p. 1.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. 4^a ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições do Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 2000. vol. V.
- _____. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1976. vol. 4.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Do Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: RT, 1988.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Rev. dos Trib., 1992.
- NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Execução na Justiça do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 2000. v. III.
- REIS, José Alberto dos. **A Figura do Processo Cautelar**. Porto Alegre: Ajuris, 1985.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. **O mandado de segurança na doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SCHAEFER MARTINS, Juliano. Princípio da isonomia e tratamento de-signal às partes no processo civil. **Revista Dialetica de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, v. 6, 2003.

SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular:** as garantias ativas dos direitos coletivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Medida Liminar em Mandado de Segurança. **Revista da Procuradoria do Estado do Ceará**, Fortaleza, nº 2, p. 205-222, 1980.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

TEMER, Michel. Mandado de Segurança: Cabimento da Medida Liminar após a sua Denegação. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 14/15, 1989.

THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: LEUD, 1976.

A questão do dano moral

Carolina Mello Suave

Advogada em Minas Gerais

Mestranda pela PUC-MG

Danielle Caroline Silva

Advogada em Minas Gerais

Especialista em Direito Civil, Processo Civil e

Direito do Trabalho

Mestranda pela PUC-MG

RESUMO

Diariamente, os advogados deparam-se com pedidos de indenização por dano moral. Tem-se visto que tal instituto, no entanto, vem sendo abordado de maneira equivocada, como se fizesse parte do instituto do dano material. O dano moral apresenta peculiaridades que devem ser analisadas e consideradas, para que o devido tratamento seja dado e as respostas jurisdicionais sejam adequadas. Tanto os procuradores da vítima quanto os do ofensor devem conhecer o dano moral como ele é, por quais fundamentos sustenta-se, para que não haja discrepância entre a realidade dos fatos e dos direitos envolvidos e a solução do caso concreto. O presente estudo tem por objetivo esclarecer uma parcela das questões que envolvem dano moral, visando, humildemente, reforçar conhecimentos e sanar equívocos.

Palavras-chave: Dano Moral. Peculiaridades do instituto. Abordagens. Fundamentos.

ABSTRACT

Daily, lawyers come across moral damages claims. It has been seen that such an institute, however, has been approached in an inappropriate way, as it was a part of the material damages institute. The moral damages institute has peculiarities that must be analyzed and considered by these perspectives, so that proper treatment is given as well as the judicial responses. Both prosecutors of the victims as the offenders must know the moral damages as they are, and on what reasons they are sustained, so there will be no discrepancy between the reality of the facts and of the rights involved and the solution of the case. The present study aims to clarify a portion of issues involving moral damages, aiming humbly strengthen knowledge and clarify misconceptions.

Keywords: Moral Damages. Peculiarities of the institute. Approaches. Fundamentals.

1 Princípio da dignidade da pessoa humana: fundamento da indenização do dano moral

A consagração ao direito à indenização ao dano moral, tal qual conhecemos hoje e que será esmiuçado na presente obra, só foi possível no Brasil após a Constituição Federal de 1988, que elencou a dignidade da pessoa humana como princípio basilar na ordem constitucional e valorizou o ser em detrimento do ter.

Até o Código Civil de 1916, não havia uma regra clara que previa a possibilidade de indenização por danos morais, o que existia eram alguns artigos, como o 76, 1.543 e 1.547, entre outros, que previam de forma pontual a possibilidade de indenizações serem impostas.

Assim, a Constituição Federal abriu um leque para que o legislador infraconstitucional pudesse em diversas áreas do direito estabelecer normas genéricas para a reparabilidade do dano moral, como foi feito no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e em muitas outras legislações infraconstitucionais.

Só foi possível normatizar o dano moral com a valorização do ser humano através do princípio da dignidade da pessoa humana, pois os direitos do homem e do cidadão evoluíram após a Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, após o nazismo, com uma busca incessante dos povos pela valorização do ser humano e pelo repúdio a toda e qualquer manifestação arbitrária e altruísta do Estado, dos seus governantes e de homens comuns. Foram se tornando cada dia mais fortes o sentimento e a necessidade de que deveria ser assegurada pelo Estado a vida digna, protegendo todo valor moral, espiritual e social presente em sociedade.

A dignidade da pessoa humana passou a ser vista como um direito mútuo de todos os seres humanos, que devem conviver com respeito, a fim de buscar a paz social, sendo uma qualidade irrenunciável e inalienável. Sarlet (2004, p. 32) define-a como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É necessário, portanto, para a efetiva compreensão do valor do homem na sociedade ocidental contemporânea, reconhecer que a dignidade da pessoa humana é um valor inerente e insubstituível, fazendo parte do seu patrimônio pessoal, devendo ser protegida e garantida pelo Estado como fonte primária de todo e qualquer homem.

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade (SARLET, 2004, p. 41).

Para Canotilho (1999, p. 1090), o respeito à dignidade humana constitui um preceito fundamental que encontrou “recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.

Resta claro, portanto, que a presença do princípio da dignidade da pessoa humana dentro do texto constitucional é importante para a efetiva proteção do Estado e desenvolvimento de políticas públicas, porém a dignidade precede o direito, como bem explicita Sarlet (2001, p. 71): “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”.

Diante de toda a importância acima demonstrada do princípio da dignidade da pessoa humana, nota-se que, apesar de o mesmo ter aplicação direta, ele impregna todas as normas do ordenamento jurídico pátrio, destacando-se mais entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais configuram a positivação dos direitos dos homens em uma dada Constituição. Segundo Sarlet (2001, p. 31), a expressão “direitos fundamentais” deveria ser reservada “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado”.

Já no que se refere aos direitos da personalidade, parte da doutrina acredita que são direitos inerentes de todo homem, não necessitando de positivação; esta se limitaria a apenas reconhecê-los e sancioná-los.

Ocorre que após o fim da Segunda Guerra, devido às grandes atrocidades cometidas contra o homem, os Estados viram necessidade de admitir a existência de um direito geral de personalidade, passando a positivá-lo de forma mais clara e direta. Foi o que ocor-

reu com a nossa Constituição, que estabeleceu no art. 5º, inciso X, direitos especiais da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Porém, limitar os direitos da personalidade aos acima elencados é menosprezar a personalidade humana, pois a todo tempo surgem novas situações que merecem ser juridicamente protegidas.

Para Perlingieri (1999, p. 155), os direitos da personalidade constituem um valor que “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela”. Essa constante exigência de tutela dos direitos da personalidade permite extrair duas premissas sobre o direito à indenização gerado pela ofensa a qualquer desses direitos.

A primeira refere-se ao fato de que qualquer pessoa, apenas pela condição de ser humano, tem direito à indenização por dano moral, seja ela um adulto, uma criança, um portador de doença mental ou alguém mentalmente são, entre outros. Da segunda premissa, pode-se concluir que qualquer violação à dignidade da pessoa humana, para fins de indenização por danos morais, abarca todas as ofensas à pessoa, tanto na sua dimensão individual quanto social.

2 Aspectos relevantes sobre o dano moral

2.1 Conceitos de dano moral

Atualmente já não se contesta a existência do direito à indenização pelo dano moral sofrido. O problema existente entre os doutrinadores refere-se ao seu conceito.

A doutrina não conseguiu assentar em bases sólidas e consistentes um conceito que abarque todas as possibilidades de danos sofridos, o que leva a uma grande oscilação por parte da jurisprudência, que às vezes reconhece determinada situação como geradora do dano e em outras iguais nega tal direito.

Os três conceitos mais relevantes na doutrina são conceito negativo ou excludente, o dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa e, por fim, o dano moral como lesão a uma determinada categoria de direitos: os direitos da personalidade.

No conceito negativo ou excludente do dano moral, a doutrina afirma que o que não for dano patrimonial é dano moral. Silva (1999, p. 1), seguindo essa linha, define dano moral como “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

Dizer que o dano moral é um prejuízo que não afeta o patrimônio e causa tão somente uma dor moral à vítima é uma ideia negativa e tautológica, pois, ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais e causam tão somente uma dor moral, repete a ideia com uma troca de palavras, e não conceitua de forma satisfatória o dano moral.

Já o dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa relaciona o dano moral com a dor, em todos os sentidos, tanto física quanto moral, englobando sentimentos negativos como a tristeza ou a humilhação. Para Alsina (1993, p. 237), “podemos definir, então, o dano moral como lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietude espiritual ou agravos às afeições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária”.

A crítica contra essa corrente reside no fato de a mesma entender que não existe dano moral sem dor, sofrimento físico ou moral. Sendo assim, esse conceito não consegue atingir situações em que a perda patrimonial também pode provocar o dano moral ou quando a vítima da lesão é a pessoa jurídica.

Por fim, existe ainda o conceito de dano moral como lesão a determinada categoria de direitos: os direitos da personalidade. Esse é o conceito mais difundido entre os doutrinadores que acreditam que o dano moral é caracterizado quando há ofensa a um determinado grupo de direitos fundamentais para o homem, que são os direitos da personalidade.

Para Cavalieri Filho (2004, p. 74), “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”.

Os que se posicionam contrariamente a esse conceito acreditam que, para verificar se ocorreu o dano moral, deve-se analisar o que o ato lesivo causou no espírito da vítima, pouco importando a natureza ou a índole dos direitos lesionados.

2.2 Espécies de dano moral

Utilizando critérios distintos, o dano moral pode ser classificado de várias formas, entre elas: dano moral individual e dano moral coletivo, dano moral subjetivo e dano moral objetivo, dano moral transitório e dano moral permanente, dano moral atual e dano moral futuro, dano moral direto e dano moral indireto e, por fim, dano moral imediato e dano moral em ricochete.

O dano moral individual e o dano moral coletivo levam em consideração a extensão subjetiva do dano. O primeiro consiste na

violação ao patrimônio ideal de uma pessoa; já o segundo é aquele que atinge o patrimônio imaterial de uma coletividade ou de uma categoria de pessoas, não deixando, é claro, de ser individual, na hipótese de serem várias vítimas do mesmo ato lesivo; é o que ocorre nos acidentes de transporte coletivo, como ônibus e avião.

Já o dano moral subjetivo e o dano moral objetivo diferenciam-se pelos aspectos social e individual da personalidade. O primeiro ocorre quando a lesão atinge a individualidade biológica ou psíquica das pessoas; já o segundo, quando é afetada a dimensão social, ou seja, como é vista a pessoa perante a sociedade, afeitando a sua credibilidade perante terceiros.

O dano moral transitório caracteriza-se pela lesão, seja ela física ou moral, que após algum tempo torna-se apenas uma lembrança para a pessoa que sofreu. Já o dano moral permanente é todo aquele que deixa marcas de difícil reparação que atormentam muito as lembranças, como ocorre, por exemplo, nos casos de amputação.

Quanto ao dano moral atual e dano moral futuro, o primeiro ocorre no momento em que se caracteriza a lesão, já o segundo seria aquele cujos efeitos serão sentidos no futuro, ou desenvolver-se-ão e agravar-se-ão no mesmo. Isso pode ocorrer, por exemplo, no caso de uma lesão corporal grave que evolui para a morte.

Já o dano moral direto e o dano moral indireto são classificados de acordo com a natureza do bem jurídico afetado diretamente pela conduta lesiva. Ocorre dano moral direto quando são atacados os direitos da personalidade, como a vida, a honra, a intimidade, a imagem, a integridade corporal. De outro lado, o dano moral indireto apresenta-se quando é lesionado o patrimônio, porém tal dano possui grande valor afetivo, como ocorre, por exemplo, com a perda de um objeto ligado à família por muitas gerações.

E, por fim, serão tratados de forma mais minuciosa o dano moral imediato e o dano moral em ricochete.

É imediato quando a lesão atinge a vítima de forma direta, como em uma lesão grave causada por um acidente de carro. Já o dano moral em ricochete é aquele que de forma indireta atinge a vítima, como em um acidente de carro que mata um pai de família, lesionando de forma indireta toda a sua família, na qual os filhos cresceram sem pai e a esposa será obrigada a cuidar de todos sozinha.

Um dos grandes problemas trazidos pelo dano em ricochete consiste em saber quem tem legitimidade para propor a ação indenizatória no caso de morte da vítima direta. A legitimidade dos filhos ou cônjuge para propor a ação não é questionável pela

doutrina ou jurisprudência. Em contrapartida, não há entendimento assentado sobre a legitimidade dos irmãos, ascendentes, outros parentes e, ainda, das pessoas sem grau de parentesco, como noivo, namorado ou um amigo íntimo, gerando grande discussão doutrinária e jurisprudencial.

Em alguns ordenamentos jurídicos, como o argentino e o paraguaio, foi restringida a legitimidade aos herdeiros necessários. Já o português conferiu legitimidade ao cônjuge e aos parentes, tendo uma ordem de preferência entre eles, enquanto o francês concede legitimidade a todas as pessoas próximas da vítima, bastando que comprovem o dano moral sofrido devido à proximidade existente com a vítima direta.

No Brasil, por causa da norma constitucional presente no art. 5º, V e X, que prevê o direito à indenização decorrente do dano moral, não há restrição quanto à legitimidade para propositura da ação. A nossa jurisprudência tem analisado cada caso concreto, assim como faz a francesa.

Quando existem vários legitimados, todos eles têm direito, individualmente, a receber uma indenização pelo dano moral sofrido, devendo o Tribunal avaliar o dano psíquico de cada um no caso de morte do ente querido.

Outro problema vislumbrado quanto ao direito de indenização decorrente do dano moral em ricochete ocorre quando a vítima direta sobrevive ao ato lesivo. Diversos ordenamentos, como o inglês, o argentino, o português ou, ainda, o venezuelano, não admitem a indenização quando a vítima direta sofreu apenas lesão, não vindo ao óbito.

O Conselho da Europa reconhece o direito dos pais e cônjuges da vítima direta pleitearem indenização, porém deve-se provar um sofrimento excepcional decorrente da lesão.

A França, mais uma vez demonstrando o caráter liberal e precursor dos seus julgados, admite o direito à indenização do dano moral em ricochete sofrido, não sendo necessária a prova de um grande sofrimento, bastando apenas que o autor prove o vínculo com a vítima direta.

A jurisprudência brasileira ainda não assentou entendimento sobre o dano moral reflexo ou em ricochete em caso de lesões corporais graves da vítima direta, porém já existem alguns Tribunais como o carioca que vêm admitindo sistematicamente as indenizações a pessoas próximas, sem nenhuma restrição aos filhos e ao cônjuge, devendo fazer prova do vínculo e prejuízo as demais pessoas.

E, por fim, ainda existe uma situação bem particular, que é a possibilidade de indenização por dano moral em ricochete decor-

rente da incapacidade sexual do cônjuge ou companheiro. A vítima direta devido à lesão sofrida fica impossibilitada de manter relação sexual ou mesmo procriar. É inegável que nessa situação o cônjuge sofre o dano moral de forma em ricochete, fazendo jus à indenização.

2.3 Possibilidade de cumulação de dano moral e material

A Constituição Federal em seu art. 5º, incisos V e X, deixa claro que a violação dos bens ou direitos personalíssimos provoca o direito de indenização tanto por danos morais quanto materiais. Isso pode ocorrer em situações como a de um artista que deixa de fechar um contrato publicitário por ter seu nome envolvido em falsas acusações ou boatos.

Na situação apresentada, é fácil perceber que os direitos personalíssimos, apesar de não serem passíveis de alienação, possuem um valor econômico, pois a imagem, o nome, a saúde, entre outros direitos, podem ser fonte de renda para o seu titular. Conforme bem pontua Pontes de Miranda (1974, p. 155), “nunca se há de deixar de atender a que o dano não patrimonial, o dano moral, pode atingir o patrimônio, através de alguma repercussão ou de algumas repercussões”.

A possibilidade de cumulação dos danos morais e materiais foi sumulada pela jurisprudência do STJ através da Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, pacificando o entendimento a respeito do fato.

Pode-se, concluir, portanto, que o dano patrimonial pode ter origem em um bem personalíssimo, já o dano moral sempre terá como fonte a violação a esse bem.

2.4 Dano moral da pessoa jurídica

Sendo indiscutível a proposição de que o dano moral tem como pressuposto a ofensa ou violação a algum dos direitos da personalidade, cabe analisar o cabimento da indenização por dano moral quando a pessoa jurídica sofre alguma lesão aos seus direitos, tendo em vista que esta não sofre nenhum abalo psicológico ou anímico.

Segundo Cavalieri Filho (2004, p. 78), nem todo aborrecimento é capaz de gerar dano moral:

Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normali-

dade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Lado outro, pode ser configurado o direito ao dano moral sem necessariamente a vítima experimentar a sensação de dor, tristeza, mágoa, vexame.

As pessoas jurídicas não são passíveis de experimentar nenhum dos sentimentos acima expostos, não é possível que ocorra a perturbação psíquica ou do espírito, que é inerente ao homem. Porém, justamente pelo fato de esses sentimentos não se confundirem com o direito ao dano moral, é possível que a pessoa jurídica seja detentora do direito de indenização por qualquer lesão sofrida. Esse é o entendimento de Santos (2001, p. 151):

Outro equívoco, no entender que a pessoa jurídica não pode padecer dano moral, é a conclusão errônea, sem embargos da fama de seus adeptos, na direção de que a configuração do dano moral somente ocorre quando existe repercussão na psique da pessoa. Também é dano moral qualquer violação a direitos personalíssimos e, estes, por analogia, as pessoas jurídicas os têm.

Apesar de as pessoas jurídicas não possuírem atributos e direitos próprios dos homens, como a integridade física, psíquica ou mental, possuem outros, como a honra, o decoro, o nome, a reputação, que são tuteláveis juridicamente, sendo possível o arbitramento de indenização por dano moral quando presente a lesão.

Segundo Pontes de Miranda (1967, p. 79):

As pessoas jurídicas podem ser lesadas nos seus patrimônios, como as pessoas físicas. São pessoas, como essas; de modo que têm direitos de personalidade, que fatos ilícitos podem atingir, tais como direito ao nome, à reputação. A ofensa à reputação da pessoa jurídica é a dela, e não aos membros da sua diretoria, ou há ofensa à reputação dela e à dos membros da sua diretoria. As ofensas moralmente danosas podem dar ensejo a ações de reparação que toquem a empresas por ações ou fundações, como a outras sociedades, que sejam de pessoas. Não se há de pretender que só se tenha de cogitar de pessoas individuais, por serem as pessoas jurídicas abstrações ou espetros.

Contrário ao entendimento majoritário encontra-se o nobre civilista Gustavo Tepedino, para o qual:

As lesões atinentes às pessoas jurídicas, quando não atingem, diretamente, as pessoas dos sócios ou acionistas, repercutem exclusivamente no desenvolvimento de suas atividades econômicas, estando a merecer, por isso mesmo, técnicas de reparação específicas e eficazes, não se confundindo, contudo, com os bens jurídicos traduzidos na personalidade humana (a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge – mediata ou imediatamente – os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, à chamada honra objetiva, com os direitos da personalidade). (TEPEDINO, 2001, p. 52).

Cabe pontuar, por fim, que a possibilidade de a pessoa jurídica ser detentora do direito à indenização por dano moral possui raízes diferentes da pessoa física. Enquanto esta, como já explicitado anteriormente, funda seu direito no princípio da dignidade da pessoa humana, aquela tem o seu direito garantido como consequência do princípio constitucional garantidor da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

2.5 Formas de expressão do dano

A Constituição Federal traz o direito da personalidade de forma generalizada no princípio da dignidade humana. Mas também é possível falar-se em direitos da personalidade aludindo a cada um dos diversos atributos da pessoa humana especificamente elencados como direitos da personalidade pelo CC/02 e legislações específicas (como ECA ou Estatuto do Idoso).

De mesmo modo, dano moral pode ser nomeado no singular ou no plural, a depender da perspectiva pela qual o fenômeno seja analisado, apesar de alguns autores tratarem-no como instituto jurídico singular e outros diferenciarem o dano moral do dano estético, ou do dano à imagem, entre tantos outros.

De qualquer forma, ainda que a lei refira-se a *dano moral* no singular, é indispensável que sejam apresentadas todas as diversas formas pelas quais o fenômeno estiver manifestado no caso, para que a fixação do *quantum* indenizatório seja definida adequadamente.

2.5.1 Dano estético

Trata-se da deformidade, do defeito ou da alteração da aparência física que causa um resultado estético na vítima ou lhe é motivo de humilhação ou complexo. De acordo com Silva (1999), não é apenas o aleijão, mas é também qualquer deformação, ainda que mínima, que implique na vítima uma simples lesão

desgastante, ou permanente motivo de exposição ao ridículo, ou, ainda, gere complexos inferiorizantes.

2.5.1.1 A cumulação do dano estético com o dano material

De acordo com Andrade (2009), não há nenhuma dificuldade em aceitar-se a cumulação do dano estético com o dano material, a par do que regimenta a Súmula 37 do STJ, ainda no que tange às despesas médicas e a questões de cunho indireto eventualmente decorrentes da ofensa. Aqui tratamos do clássico exemplo de um modelo fotográfico que, em virtude de deformidades, ainda que mínimas, deixa de ser contratado para novos trabalhos. Assim, parte-se da premissa de que muitas vezes os bens e direitos personalíssimos estão aptos a gerar vantagem econômica, de modo que sua lesão, além de constituir dano moral, pode gerar dano patrimonial.

Porém há ainda os que questionam a cumulação de indenização por dano estético e dano patrimonial por assumirem que o dano moral como dor psíquica faz com que o dano estético tenha natureza híbrida, devendo ser indenizado como dano moral ou dano patrimonial, a depender de sua repercussão. É o que assume Dias (1987, p. 868) ao dizer que “deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial o resultado da ofensa ao aspecto estético sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial”. Constituiria dano moral, no entanto, no que diz respeito à “penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano”.

Essa tese, apesar de não ser majoritariamente aceita, convém ao ofensor e lhe dá a possibilidade de redução do *quantum* indenizatório.

2.5.1.2 A questão da cumulação do dano estético com o dano moral

A princípio, negou-se a possibilidade de cumulação de dano estético e dano moral por considerar-se a caracterização de *bis in idem*. No entanto, por jurisprudência do STJ, o entendimento atualmente dominante nessa corte pode ser assim demonstrado: “Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e

passíveis de apuração em separado" (REsp 228244/SP, rel.: min. Salvio Figueiredo Teixeira, DJ de 17/12/1999).¹

Nesse diapasão, a ideia central é que o dano estético seria uma espécie do gênero dano moral e constituiria uma manifestação particular deste, devendo ser separadamente considerado. O dano estético pode constituir um agravamento do sofrimento da vítima, que já faria jus à indenização pelo simples fato de haver ofensa à sua integridade física, independente da deformação eventualmente causada pela lesão.

No entanto, há doutrina em sentido contrário. Para Andrade (2009, p. 84),

o dano moral é a própria ofensa ao direito integrante da personalidade, ou seja, na hipótese de dano estético é a própria lesão à integridade física da vítima. O sofrimento, o padecimento, a dor e outros sentimentos negativos constituem, em tal situação, a simples repercussão desse dano. Assim, não há que se falar no dano estético como outro dano, distinto do moral. Há um só dano, de natureza moral, do qual o denominado dano estético nada mais é do que um desdobramento ou um aspecto singular, a ser considerado na estimativa da indenização.

Nesse sentido, o dano estético seria apenas um fator de aumento do *quantum* indenizatório por dano moral ao se considerar sua extensão e repercussão na vida da vítima.

2.5.2 Perda de chance

A perda de uma chance seria modalidade específica de dano futuro, consistente na perda, pela vítima do dano, da oportunidade de obter um benefício ou evitar um prejuízo.

No âmbito do dano material ou patrimonial, a perda de chance aproxima-se do lucro cessante, uma vez que ambos institutos referem-se a benefício pressuposto e provável que seria alcançado, não fosse pelo evento lesivo. A diferença entre eles, no entanto, teria base no grau de probabilidade. Enquanto no segundo há uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, consideradas as circunstâncias naturais da vida da vítima, no primeiro a probabilidade seria suficiente ou mínima para obtenção do benefício, não fosse o dano causado.

Vislumbra-se relação, ainda, entre a perda da chance e o dano moral, pela angústia passível de ser experimentada pela pessoa em face de conduta que lhe acarrete frustração em suas expectativas

¹ No mesmo sentido, REsp 264119/RJ.

legítimas. Aqui a perda da chance seria causa de dano moral, não se constituindo, propriamente, em espécie autônoma.

Em todo caso, a responsabilização civil em decorrência de ato que gera a perda de uma chance tem sido admitida em relação às hipóteses em que da perda de uma chance decorre inequivocamente prejuízo, decorrente do resultado que adviria certamente caso a conduta ilícita não tivesse sido praticada. Nesse sentido, é ilustrativo acórdão do STJ:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido (REsp 788.459/BA, rel.: ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ de 13/03/2006, p. 334).

2.5.3 Dano à vida de relação

Originada em doutrina francesa da década de 1950, a denominação *préjudice d'agrément* é espécie de dano que designa o conjunto de dificuldades que a vítima de lesão corporal tem de enfrentar no exercício dos atos essenciais à vida cotidiana, nas atividades afetivas, familiares, esportivas, escolares ou profissionais, ou no lazer², ou que sofre incapacidade para procriar e manter relações sexuais (*préjudice sexuel*).

Na doutrina e jurisprudência pátria, esse tipo de dano não configura espécie à parte, mas constitui dano moral com uma especial forma de manifestação de dano imaterial, que interfere diretamente na fixação dos valores indenizatórios.

2.5.4 Dano ao projeto de vida

Nas palavras de Andrade (2009, p. 89),

² Seria o caso, por exemplo, de uma vítima de acidente que fica tetraplégica, sofrendo dramática perda em sua qualidade de vida, uma vez que perde a autonomia para tudo e passa a depender de terceiros para sair da cama, vestir-se, tomar banho, comer, trabalhar; enfim, para exercitar sua identidade e todas as atividades cotidianas.

denomina-se dano ao projeto de vida aquele que, afetando a integridade psicossomática da pessoa, traz, como consequência, a frustração de seu projeto de vida. Tem como causa ou origem um dano psicossomático, mas com esse não se confunde. O dano aqui em referência reside no “vazio existencial” provocado pela lesão, pelo aniquilamento daquilo que dava sentido ou razão à vida da pessoa lesada.

Seria uma espécie de dano certo e atual que traria consequências prolongadas no futuro de modo continuado ou sucessivo.

Para Sassarego (2004), o dano ao projeto de vida distingue-se do dano moral: enquanto este incidiria sobre a esfera afetiva ou emocional da vítima, aquele afetaria a existência da vida em si. O autor pondera que a dor advinda do dano moral, ainda que muito intensa, tende a dissipar-se com o transcurso do tempo, transformando-se em outros sentimentos. Já o dano ao projeto de vida, por sua magnitude, acompanha a vítima por toda a vida, comprometendo-lhe o futuro e sua própria identidade. Seria o caso de um pianista que vive exclusivamente para o exercício de sua arte, realiza execuções musicais distintas, leciona e tem na carreira profissional todo o sentido de sua vida. A perda de alguns dedos decorrente de acidente não apenas o privará do exercício profissional, mas desconstituirá sua identidade e sua razão de viver.

2.6 Descumprimento de obrigação contratual e dano moral supostamente decorrente

Indaga-se, ainda, quanto à existência de obrigação legal de reparação em caso de inadimplemento contratual. É certo que os contratos obrigam às partes, que esperam seu cumprimento. Contudo, é certo, também, que as partes estipulem com base na autonomia da vontade sanções para o caso de inadimplemento de suas obrigações (normas convencionais), além dos instrumentos existentes no sistema jurídico para a coerção da parte inadimplente (normas cogentes). Daí a resistência doutrinária e jurisprudencial em admitir cumulação, a essas sanções, de danos morais em decorrência do inadimplemento contratual, que se reputa dessabor natural da vida em sociedade. No escólio de Theodoro Júnior (2010, p. 137):

Dentro do prisma da relevância necessária da dor moral para justificar o resarcimento da lesão não patrimonial, a advertência pretoriana é no sentido de que esse tipo de reparação não pode ser banalizado a ponto de se juntar sempre ao pedido de danos materiais no caso de inadimplemento de contrato.

A orientação quanto à ausência de dano moral pelo inadimplemento contratual é forte, até mesmo em se tratando de inadimplemento de contrato de emprego, no qual salários deixam de ser pagos ao empregado.

Alega o autor que o inadimplemento dos salários nos últimos meses do contrato de trabalho e da rescisão contratual lhe causou dificuldades econômicas, diante de seus compromissos particulares, caracterizando o dano moral e lhe causando dano material, oriundo do consequente endividamento. Sem razão. [...] O atraso no pagamento de salários é ato penalizado com o pagamento de correção monetária e juros. Entende-se que o deferimento das parcelas salariais tidas por devidas constitui a reparação do próprio dano, como tal entendido o inadimplemento de salários e demais obrigações decorrentes do contrato de trabalho (TRT-4, RO 00976-2008-662-04-00-1, 5^a Turma, rel.: juiz Leonardo Meurer Brasil, j. 30/04/2009).

CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. OBRIGAÇÕES DECORRENTES. DANO MORAL. Inviável a aferição de alegada violação aos artigos 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, 186 e 927 do Código Civil, ou mesmo da divergência jurisprudencial, uma vez que o Acórdão Regional constata não haver nenhuma alegação concreta de atos que firam a integridade, a honra ou outro bem moral do reclamante (TST, RR - 7000-80.2008.5.09.0459, relator: ministro Emmanoel Pereira, data de julgamento: 30/03/2011, 5^a Turma, data de publicação: DEJT 08/04/2011).

Pondera-se, contudo, a existência de situações que ensejam dano moral pelo inadimplemento do contrato, em razão das particularidades da situação jurídica. Segundo Andrade (2009), são requisitos para essa configuração: obrigação preexistente, inadimplemento da obrigação, existência de um fator de atribuição de responsabilidade e relação entre a lesão e ofensa a direito da personalidade. E é na aferição do fator de atribuição de responsabilidade que reside a dificuldade em fixar parâmetros de controle para a identificação das situações que admitem, ou não, que se caracterizem danos morais por inadimplemento contratual. O comportamento do ofensor deve ser abusivo para a caracterização do dano moral.

2.7 Mora no cumprimento de obrigação contratual ou descumprimento relativo

Atualmente vários julgados têm reconhecido fato indenizador em casos como o atraso na entrega de imóvel ou em

atrasos consideráveis de voos, principalmente quando implicar a perda de conexão para o passageiro, assim como em casos de demora desarrazoada para instalação ou conserto de linha telefônica, quando não houver problemas técnicos graves que justifiquem o atraso.

3 A indenização do dano moral

3.1 Sanções previstas pelo dever originário de conduta

A modernidade afirmou a liberdade e olvidou-se de outros valores fundamentais. O filósofo Zigmund Bauman percebe no indivíduo o pior inimigo do cidadão, pois

Enquanto este é uma pessoa que tende a buscar o seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade, o indivíduo tende a ser céptico em relação ao "bem comum". Qual o sentido de interesses comuns senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses? O que quer que os indivíduos façam quando se unem, e por mais benefícios que seu trabalho conjunto possa trazer, eles o perceberão como limitação à sua liberdade de buscar o que quer que lhes pareça adequado separadamente, e não auxiliarão (BAUMAN, 2001, p. 47).

O Direito tem como função precípua a proteção do ser humano e potencialização dos valores de uma sociedade. Deontologicamente, regula condutas externas e possibilita o convívio social. A ordem jurídica caracteriza-se pela imperatividade, expressada pela exigência incondicional de aplicação de seus preceitos normativos. Essa imperatividade é condição *sine qua non* da vida em sociedade.

Vinculada à imperatividade e à coercibilidade do ordenamento jurídico está a sanção, que se define como consequência desfavorável para o caso de violação de norma e pela qual se reforça sua própria imperatividade.

O ordenamento jurídico é estruturado por um complexo sistema de regras e princípios que atuam como parâmetros nas relações travadas entre os indivíduos que compõem uma sociedade. O objetivo normativo é a paz social. Entretanto, vez que a norma é violada e um dano é causado a outrem, o ofensor tem o dever de reparar o mal causado, na tentativa de restabelecer o *status quo ante* da relação, ou, diante de sua impossibilidade, deve tomar para si a responsabilidade pelo ato e compensar ou indenizar a vítima, para que atenuem os prejuízos suportados. Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 2),

a violação de um dever jurídico configura o ilícito que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

A responsabilidade civil é o dever jurídico sucessivo da quebra do dever originário, que pode decorrer da lei (dever de comportamento imposto a todos) ou de contrato que prevê a obrigação originária. O Código Civil, no art. 389, prevê que o devedor da obrigação originária responde por perdas e danos. Conforme apregoa Cavalieri Filho (2012, p. 3), esse dispositivo é aplicável tanto à responsabilidade contratual como à extracontratual (cuja obrigação originária decorre da lei). Pondere-se desde logo um ponto: a sanção não pode ser concebida como um preço estabelecido em proveito daqueles que estejam dispostos a pagar para violar as normas primárias de conduta, mas deve ser encarada como uma forma de proteção de um preceito que encerra um dever primário ou originário.

As sanções podem ser classificadas como *compulsória*, *reconstitutiva*, *compensatória*, *punitiva* e *preventiva*.

A primeira diz respeito à medida que compele o devedor à realização, ainda que tardia, da conduta primária que deveria ter realizado. Seria o caso, a exemplo, da prisão do devedor de alimentos.

A *sanção reconstitutiva* impõe a reconstituição em espécie da situação anterior à transgressão da ordem jurídica, como, por exemplo, a apreensão de um bem móvel que se encontre em poder do devedor.

A *sanção compensatória*, por sua vez, é aquela que, diante da impossibilidade de reconstituição do *status quo ante*, impõe o pagamento em dinheiro como equivalente do dano patrimonial sofrido ou atenuação do dano moral.

A *sanção punitiva*, como o próprio nome diz, representa uma reprovação jurídica da conduta ilícita que serve ao ofensor como castigo ou retribuição.

A seu turno, a *sanção preventiva* é a medida jurídica que tem por finalidade precípua prevenir violações futuras por parte de quem já incorreu em um ilícito, cuja reiteração receia-se.

Para o presente estudo, cabe averiguar mais profundamente a pena e a reparação.

3.2 A pena

A análise das finalidades da pena é fundamental para o exame crítico dialético da questão aqui enfocada. O cabimento de uma

indenização de caráter punitivo depende, necessariamente, da compatibilidade das finalidades da pena com os objetivos da responsabilidade civil, no que concerne ao dano moral em si.

Há três classes de teorias que buscam explicar os fundamentos da pena: as absolutas (de retribuição ou retributivistas), as relativas (utilitárias e utilitaristas) e as mistas (unitárias ou ecléticas). Todas elas gravitam em torno de duas premissas: a retribuição e a prevenção, senão vejamos.

3.2.1 Teorias absolutas

Elas fundamentam-se na retribuição. É a exigência da justiça em caráter moral: ao mal do crime ou do dano deve contrapor-se o mal da pena, e só assim será restaurada a igualdade no ordenamento jurídico. Restabelecer-se-ia, por meio da pena, o próprio Direito.

As teorias retributivistas modernas apresentam grande preocupação com a questão da justiça, tanto para o ofensor quanto para a vítima. Essas teorias contribuíram para o desenvolvimento do princípio da culpabilidade. Não deixam de carregar em si um sentimento de vingança e não conseguem distanciar-se da marca negativa do talião.

3.2.2 Teorias relativas

Aqui, a pena tem uma finalidade essencialmente prática ou utilitária. O cerne está não no porquê da pena, mas no “para quê”. Assim, deve ser racional, e sua finalidade é impedir a prática de crimes ou danos através da coação psíquica (ameaça) ou física (segregação).

Nesse sentido, fala-se em *prevenção geral* e *prevenção especial*. A primeira baseia-se na suposição de que a pena cominada em abstrato consiste em uma intimidação a todos. O resultado almejado é intimidativo-dissuasivo em relação a qualquer potencial ofensor. Já a prevenção especial atua sobre o agente em concreto, tentando impedi-lo e intimidando-o para que não volte a ofender a ordem jurídica. Assim, com a aplicação de pena em concreto, esta teria um cunho intimidativo-dissuasivo em relação ao agente em concreto.

3.2.3 Teorias mistas

Estas procuram a conciliação entre as ideias de retribuição e prevenção; a pena tem duplo efeito. Essas teorias mistas têm prevalecido no âmbito penal da legislação moderna ocidental e servem como balizadoras do direito civil.

3.3 A reparação

Toda a construção moderna da teoria da responsabilidade civil encontra-se fundamentada na ideia de reparação. O mais importante é a vítima, e não o ofensor; e assegurar a ela a recomposição da situação anterior ao dano sofrido é a principal função da responsabilidade civil. No mesmo sentido, o art. 944 do CC/02: "a indenização mede-se pela extensão do dano". Não fala sobre o grau de culpabilidade do ofensor, mas sobre o dano sofrido pela vítima.

Indenizar, ressarcir ou compensar são vocábulos comumente utilizados na esfera da responsabilidade civil. Todos contêm a mesma ideia: trazer a vítima à condição de *in dene*, ou sem dano; ao *status* em que se encontraria não fosse o evento danoso.

Isso pode ocorrer de duas formas, como anteriormente dito: reparação específica (em espécie, natural ou *in natura*), que geralmente se traduz em obrigação de dar ou fazer; ou reparação por equivalente, quando é imutável a situação danosa causada, o que geralmente se traduz no pagamento de soma em dinheiro, pelo qual se busca restabelecer em termos econômicos patrimônio diminuído da vítima. É o que diz o art. 947 do Código Civil: "Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente".

3.4 A reparação do dano moral

Os bens integrantes da personalidade não são quantificáveis em pecúnia, não têm preço. Por isso, é complicado aceitar a ideia da reparação por equivalente, uma vez que não há em que se basear como equivalente.

Essa é uma das razões pelas quais durante muito tempo negou-se a reparação do dano moral. No entanto, o problema do dano moral sempre se sobressaindo em múltiplos casos concretos gerou a necessidade de uma resposta jurídica a essa espécie ofensiva, e jurisprudência e doutrina, ainda que imperfeitamente, ao final, admitiram uma possibilidade de indenização devida do ofensor à vítima como forma de sanção. Muitas teorias foram formadas a respeito.

3.4.1 Teorias negativistas da reparação do dano moral

Em que pese a consagração, pela ordem jurídica brasileira após a Constituição de 1988, da teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, há diversas correntes contrárias ao modelo, cuja relevância histórica impende mencionar.

Por muito tempo sustentou-se a incerteza a respeito da existência do dano, havendo confusão entre a dor (impalpável) e a sua manifestação (sujeita a falseamento) com o fundamento da reparação. Essa linha de pensamento foi atacada, principalmente, após o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade, que indicou a existência do dever de reparar não pela dor causada à pessoa, mas pela violação de aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Seguiram-se críticas, ainda, sobre a imoralidade da compensação pecuniária, acompanhada da impossibilidade de especificação do dano dessa natureza a acarretar enriquecimento ilícito do ofendido. Essas críticas – em que pese superadas pela constatação de que a ausência de resposta em face da infração é, por si só, imoralidade maior e, diante da barbárie da retaliação, deve-se seguir o caminho da reparação pecuniária – ainda são muito lembradas pela sociedade, sendo tratadas pela mídia de forma equivocada (a respeito, confira-se o filme-vídeo *Hot Coffee*, de 2011).

3.4.2 Teorias restritivas da reparação do dano moral

Após longo período de negação da possibilidade de reparar-se um dano moral, gradualmente foram desenvolvendo-se teorias que assumiam essa possibilidade em casos muito específicos, somente diante daqueles suportados expressamente pela lei. Os pioneiros foram os Códigos Civis da Alemanha e da Itália.

Também eram restritivas as teorias que excluíam o direito à reparação em casos como os de descumprimento de obrigação contratual.

O CC/16 também adotava a teoria restritiva, até a consagração dos novos parâmetros constitucionais, com a promulgação da CF/88, que prevê genericamente a indenização para essa espécie de dano nos incisos V e X do art. 5º e superou o impasse.

3.4.3 Indenização do dano moral como pena privada

A sanção punitiva no direito privado tem origem remota. Na pré-história da responsabilidade civil, a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos era a vingança. Sucessivamente, a Lei do Talião rigidamente punia ofensores de qualquer natureza. Apenas em momento posterior, as primitivas formas de autotutela foram substituídas por compensação pecuniária.

Foi com o passar do tempo que se começou a fazer a distinção entre o direito civil e o direito penal, e, a partir de então, enquanto gravíssimas ofensas foram tuteladas pelo direito penal, solidificaram-se teorias inspiradas no princípio da reparação no âmbito

civil. Assim, enquanto uma ciência passou a preocupar-se preponderantemente com o ofensor e a devida punição, a outra passou a ter no seu cerne a vítima e seu interesse precípuo: a reparação do dano causado.

Muitos teóricos defendem um caráter punitivo à sanção civil. Entre eles, Ripert (2000) considera que se o indivíduo for vítima de dano moral puro, sem cumulação com dano material, as ações seriam *vindictam spirantes*, ou seja, seriam inspiradas unicamente pelo desejo de obter alguma forma de punição do autor do dano.

Savatier (1951), de forma mais branda, argumenta a repugnância de consciência moral geral a ideia de que qualquer soma em dinheiro poderia de alguma forma compensar a vítima de um grave dano, a exemplo da perda de um filho. Para ele, os tribunais, imbuídos de um instinto de justiça e de equilíbrio, sancionariam aquele que fosse responsável por ato que tenha causado grave dano.

Esse tema é ainda tratado por muitos autores, e as argumentações são inesgotáveis. Para entendê-las de maneira adequada, são necessários estudos mais profundos do que aqui se propõe.

A maioria doutrinária não apresenta adesão à teoria da indenização do dano moral como pena privada.

3.4.4 A indenização como compensação ou satisfação

Majoritariamente superadas as teorias negativistas e restritivas, e vencida (em parte) a aludida tese penalista, a indenização do dano moral passou a ser considerada como forma de satisfação ou compensação³ ao ofendido, ainda que imperfeitamente.

Existiria, então, uma grande diferença entre a função da indenização por dano material e por dano moral: enquanto a primeira rege-se pela teoria da equivalência, a segunda considera a possibilidade de compensação da vítima pela ofensa sofrida. O dinheiro, no dano moral, serviria para que a vítima procurasse satisfações substitutivas. Assim, a vítima teria sua dor amenizada. Não se trata de prostituir a dor colocando-lhe um preço, mas de oferecer uma resposta razoável, sob a ótica jurídica, através de uma compensação.

3.4.5 Tese mista ou funcional: a dupla função da indenização do dano moral

A doutrina, em sua maioria, acentua a dupla função da indenização por dano moral: do lado da vítima, a indenização atuaria como compensação; para o ofensor, funcionaria como uma puni-

³ Apesar da distinção doutrinária feita entre os vocábulos *satisfação* e *compensação*, eles são considerados aqui como intercambiáveis.

ção por haver ofendido um bem jurídico daquela. Para Pereira (1990, p. 338), “a isso é de acrescer que, na reparação por dano moral, insere-se a solidariedade social à vítima”. Gomes (1988), na mesma linha, reconhece que a indenização por dano moral exerce a função de expiação em relação ao culpado e de satisfação em relação à vítima.

Vários autores seguem a mesma visão a respeito da dísplice função dessa indenização. Cahali (1998, p. 175) vai além, aludindo a ela uma função tríplice: “a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir e admoestar ou prevenir”.

Entendem os ministros do STJ que

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dísplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir (STJ, REsp 487749/RS, DJU de 12.5.2003, 2ª Turma, rel.: min. Eliana Calmon).

A jurisprudência do STF não está bem determinada. Mas em decisão monocrática, o ministro Celso de Mello, ao referendar a tese do caráter punitivo ou inibitório da indenização do dano moral, reconhece também a sua função reparatória, enfatizando “a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar, de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro” (STF, AI 455846, DJU de 21.10.2004. V. Informativo STF nº 364).

3.5 Sanção reparatória híbrida

Aduz Andrade (2009, p. 163):

Assim, no que diz respeito especificamente ao dano moral, a afirmação de que a indenização, quando fixada em montante que busca tão somente satisfazer ou compensar a vítima, já traz em si a finalidade punitiva deve ser recebida com reservas. Apenas abstratamente, de forma secundária e contingente tal indenização estaria a desempenhar um papel de punição. O que imprime, concretamente, de forma primária e necessária o caráter de punição ao montante fixado pelo juízo é exatamente a inexistência de equivalência entre o dano e a indenização, com atribuição de maior peso para esta última. Assim, somente quando o agente fosse condenado ao pagamento de uma quantia cujo valor ultrapasse o montante considerado necessário para a com-

pensação do dano seria possível falar, legitimamente, em indenização com caráter punitivo ou que tivesse o propósito concreto e primário de punir o ofensor. Do mesmo modo, poderia ser considerada punitiva, em essência, a indenização que constituísse um montante, de qualquer valor, acrescido à indenização compensatória.

3.6 A função complexa

A tutela de bens personalíssimos não se realiza do mesmo modo que a tutela dos bens materiais ou patrimoniais. Dessa forma, a concepção clássica da responsabilidade civil como exclusiva fonte de reparação do dano ou resarcimento da vítima não pode se ajustar ao dano moral sem prejuízos e reducionismos.

Dois objetivos podem ser identificados nessa peculiar espécie de sanção: a compensação e a punição. Mas não é certa a ideia de que sempre desempenhará as duas funções. A indenização por dano moral exerce papel multifacetado, que variará de acordo com o caso concreto.

Examinemos o caso de dano moral em relação a vítimas que não são passíveis de detimento anímico, como se dá com os doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou que, em razão do próprio dano, tenham ficado em coma; ou ainda crianças muito novas, o nascituro, ou a pessoa jurídica. Aqui fica evidente que o caráter compensatório ou resarcitório não tem sentido. A reparação sequer será notada pela vítima. Portanto, poder-se-ia constatar que, ainda que não expressamente, a imposição de indenização por dano moral teria caráter afilítivo, de punição ao ofensor pelo mal causado.

Ainda, considerando que não há vinculação de dor física ou psíquica no conceito de dano moral, poder-se-ia falar em dano moral coletivo, que se caracterizaria “pela ofensa a padrões éticos dos indivíduos, considerados em sua dimensão coletiva” (ANDRADE, 2009, p. 164). Nesses casos, a falta de individualização da vítima de forma concreta realça, no dano moral coletivo, a ideia de punitividade da indenização.

Ao contrário da indenização por dano patrimonial, a despeito da motivação da vítima, que nunca assume condição de pena, no dano moral é possível separar casos em que a função seja unicamente punitiva ou unicamente reparatória.

Conclui-se que cabe ao julgador, reconhecendo os argumentos das partes e sobrepondo todas as circunstâncias envolvidas, identificar se “a indenização do dano moral deve ser fixada a título de compensação ou satisfação da vítima; ou se deve ser empregada como forma de punição ao ofensor; ou, finalmente, se deve realizar ambas as funções” (ANDRADE, 2009, p. 167).

Conclusão

Consideremos o que aduz Andrade (2009, p. 136), ao dizer que

com o desenvolvimento social e a consequente evolução dos direitos da personalidade o conceito de dano moral tende a ser ampliado para alcançar situações hoje ainda não consideradas. Essa ampliação, a despeito das resistências doutrinárias e jurisprudenciais, ao que tudo indica, é inevitável. Do mesmo modo, afigura-se inevitável o redimensionamento do papel da indenização do dano moral. Associando a ideia de punição do ofensor à de compensação do dano, a indenização revela-se importante mecanismo de prevenção do dano moral [...].

Qual seria a real função da indenização por dano moral? Importa maiores estudos sobre o tema, sobretudo se observando o direito comparado e as teorias propostas.

O certo é que o Direito, enquanto ciência, não pode se limitar ao exame da norma como entidade autônoma, desvinculada dos fenômenos sociais e dos valores que permeiam a sociedade. O fenômeno jurídico, como aduz Andrade (2009), nunca é exclusivamente jurídico.

Um estudo abrangente da responsabilidade civil deve considerar fenômenos de várias naturezas, analisando criticamente o papel desempenhado por esse ramo do Direito na perspectiva do mundo atual, sem apegos a dogmas e tradições que não mais atendem às expectativas sociais.

Os juristas devem construir suas teses, caso a caso, levando em conta todas as questões envolvidas, para que o dano moral não seja exaltado e não haja abusos em sua desconsideração.

Para Dworkin (1999), a ciência não elimina problemas, mas com ela mais problemas são produzidos, exatamente para enfrentar o próprio problema, pois não há ciência sem crítica. É por essa perspectiva que se propõe a reflexão sobre alguns aspectos do exercício jurídico, vez que o Direito é ciência e, por essência, deve ser estudado sob a ótica crítica do pensamento.

Referências

- ALSINA, Jorge Bustamente. **Teoría General de la responsabilidad civil.** 8^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BAUMAN, Zigmund. **Modernidade líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 2^a ed. São Paulo: RT, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** 1^a ed. Barcelona: Ariel, 1999.
- GOMES, Orlando. **Obrigações.** 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- HOT coffee. Produção e direção de Susan Saladoff. EUA, 2011. Filme-vídeo (86 min.), son., color.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações.** Ações condenatórias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 5.
- _____. **Tratado de Direito Privado.** Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. t. 54.
- RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis.** Campinas: Bookseller, 2000.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável.** 3^a ed. São Paulo: Método, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SASSAREGO, Carlos Fernández. **Existe um daño al proyecto de vida?** 2004. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/11sassarego.htm>> Acesso em: mar. 2014.
- SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em Droit français.** 2^a ed. Paris: L.G.D.J., 1951.
- SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. (Org.). **Temas de Direito Civil.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral.** 7^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Cessão fiduciária de direitos creditórios na recuperação judicial

Eduardo Araujo Bruzzi Vianna
Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro
Pós-Graduado em Direito Societário e
Mercado de Capitais pela FGV/RJ

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar se o crédito fiduciário decorrente de contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios deve se submeter aos efeitos da recuperação judicial. Primeiramente, define-se o conceito do instituto da cessão fiduciária de crédito e seus principais requisitos e características. Em seguida, é estudada a controvérsia quanto à possibilidade de submissão de tais créditos à recuperação judicial e ao seu respectivo plano, mediante o cotejo entre o disposto na lei e a interpretação doutrinária e jurisprudencial. Por fim, é analisada a questão envolvendo a liberação da “trava bancária” pelo Poder Judiciário, de forma a viabilizar o Plano de Recuperação Judicial, e sua implicação prática à luz dos princípios da preservação da empresa, do ato jurídico perfeito e da proteção ao Sistema Financeiro Nacional.

Palavras-chave: Direito empresarial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária. Direitos creditórios.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to assess if credit rights deriving from fiduciary assignment agreements are subject to the legal effects of judicial reorganization. Firstly, it shall be presented the concept of the fiduciary assignment agreement, alongside with its requirements and characteristics. It will be followed by the legal analysis of the controversy on whether such credits rights are indeed subject to judicial reorganization and its respective plan, where it will be provided a three-folded view, i.e., law, doctrine and jurisprudence. At last, this piece shall tackle the release of the “bank lock” by the Judiciary as a way of making the Judicial Reorganization Plan viable and its pragmatic effects under the lenses of the principles of company preservation, the perfect juridical act and the National Financial System protection.

Keywords: Business law. Judicial reorganization. Fiduciary assignment. Credit rights.

Introdução

A cessão fiduciária de direitos creditórios, atualmente, é uma das garantias mais utilizadas no bojo de financiamentos empresariais. Tal fato decorre diretamente do regramento legal que o referido instituto recebeu do legislador, o que acaba por fazer com que os juros praticados em tais financiamentos sejam um dos mais interessantes do mercado, tendo em vista o baixo risco de crédito em relação a outras modalidades de financiamento e a expectativa de retorno de capital pelas instituições financeiras.

No entanto, a manutenção desse cenário depende diretamente da interpretação que se dá a determinados dispositivos legais. No presente estudo, será analisado especificamente o artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, de forma a definir se a garantia pactuada através de cessão fiduciária de direitos creditórios se submete ou não aos efeitos da recuperação judicial.

Para isso, o presente trabalho, inicialmente, apresentará os delineamentos conceituais, bem como as principais características e requisitos da cessão fiduciária de direitos creditórios.

Em seguida, o presente estudo se debruçará sobre o artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, analisando detalhadamente o seu âmbito de aplicação e as demais consequências legais daí advindas, esclarecendo a controvérsia ligada à possibilidade ou não de o crédito fiduciário se submeter aos efeitos da recuperação judicial.

Por fim, será estudado o tema de maior repercussão prática envolvendo sociedades empresárias em recuperação judicial e seus credores fiduciários: a legalidade da liberação (total ou parcial) da “trava bancária” para fins de implementação do Plano de Recuperação Judicial. A questão será analisada sob a ótica do conflito de princípios envolvidos, ou seja, mediante o cotejo entre o princípio da preservação da empresa e os princípios do ato jurídico perfeito, da legalidade e da proteção ao Sistema Financeiro Nacional.

1 Cessão fiduciária de direitos creditórios

1.1 Conceito e natureza jurídica

A primeira questão a ser examinada se refere à natureza jurídica da cessão fiduciária de crédito, uma vez que, a partir desta definição, será possível concluir pelo seu enquadramento ou não na exceção legal prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

O referido dispositivo legal possui a seguinte redação:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contêm cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (Grifos nossos).

É preciso, portanto, analisar se a cessão fiduciária de crédito confere ao cessionário a posição jurídica de **proprietário fiduciário**, para fins de exclusão do respectivo crédito da recuperação judicial.

Faz-se necessário, ainda, verificar se o direito de crédito (ou o título de crédito) se enquadra no conceito legal de **bem móvel**. Para isso, primeiramente, há que se conceituar o instituto da cessão fiduciária de crédito e definir suas principais características.

A cessão fiduciária de crédito é espécie do gênero **negócio fiduciário**. Conforme definição de Chalhub (2009, p. 32, grifos do autor):

Entende-se por *negócio fiduciário* o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.

A realização de um negócio fiduciário faz surgir a figura da propriedade fiduciária, instituto que se encontra disciplinado, de forma geral, no Código Civil (artigos 1.361 a 1.368-A), bem como em leis específicas aplicáveis sobre determinados ramos de negócio (como, por exemplo, na Lei nº 4.728/65 e na Lei nº 9.514/97).

A propriedade fiduciária surge quando, por meio de determinado contrato, é estabelecida alienação fiduciária e/ou cessão fiduciária sobre determinado bem, em que o credor-fiduciário adquire a propriedade (resolúvel) desse bem como garantia, até

que se implemente o integral adimplemento da obrigação garantida.

Nas precisas palavras de Farias e Rosenvald (2009, p. 380), o objetivo da propriedade fiduciária consiste em

[...] garantir uma obrigação assumida pelo alienante, em prol do adquirente. O credor fiduciário converte-se automaticamente em proprietário, tendo no valor do bem dado em garantia o eventual numerário para satisfazer-se na hipótese de inadimplemento do débito pelo devedor fiduciante.

Na propriedade fiduciária, o titular de um bem transmite a propriedade ao credor sob condição resolutiva com o objetivo de prestar uma garantia. Com o adimplemento da obrigação, resolve-se a propriedade do credor, passando o devedor a gozar novamente da plena propriedade sobre o referido bem.

No caso específico da cessão fiduciária de crédito, a referida modalidade de negócio fiduciário é formalizada no bojo de contratos de empréstimo com cláusula específica estabelecendo como garantia da operação a cessão fiduciária de direitos de crédito, títulos de crédito e/ou recebíveis do mutuário. O devedor-fiduciante transmite ao credor-fiduciário (instituição financeira) um direito (crédito) em garantia do referido empréstimo.

A cessão fiduciária de crédito encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro na Lei nº 4.728/65 (artigo 66-B, §§ 3º e 4º, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004) e na Lei nº 9.514/97 (artigos 18 a 20).

Os referidos dispositivos legais possuem a seguinte redação:

Lei nº 4.728/65

[...]

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

[...]

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de lei-

lão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Lei nº 9.514/97

[...]

Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterá, além de outros elementos, os seguintes:

- I - o total da dívida ou sua estimativa;
- II - o local, a data e a forma de pagamento;
- III - a taxa de juros;
- IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

- I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;
- II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;
- III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;
- IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representati-

vos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

A Lei nº 10.931/2004, ao incluir o artigo 66-B na Lei nº 4.728/65, criou o instituto da cessão fiduciária de título de crédito no âmbito do mercado financeiro e de capitais. A partir daí, passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro mais uma espécie de negócio fiduciário.

No que tange ao novo panorama legal, em decorrência do advento da Lei nº 10.931/2004, são precisas as lições de Fernandes (2010, p. 194-195):

Com isso, o sistema legal brasileiro passou a contar com duas espécies do gênero 'negócio fiduciário': 1) a alienação fiduciária de coisa, que pode ser móvel ou imóvel, e 2) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de título de crédito.

Assim, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro contempla as seguintes modalidades, sob a rubrica de propriedade fiduciária:

1) alienação fiduciária: a) de bens móveis infungíveis (Código Civil); b) **bens móveis fungíveis (Lei de Mercado de Capitais)**; c) de bens imóveis, bens emfiteúticos, direito de uso especial para fins de moradia, direito real de uso e propriedade superficiária (Lei nº 9.514, de 1997); d) de ações, debêntures, partes beneficiárias e bônus de subscrição (Lei nº 6.404, de 1976); e) de aeronaves e embarcações (Decreto-lei nº 413, de 1969, Lei nº 7.565, de 1986, e Lei nº 7.652, de 1988);
2) titularidade fiduciária: a) **cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito (Lei de Mercado de Capitais)**; b) regime fiduciário sobre créditos ou recebíveis imobiliários (Lei nº 9.514, de 1997); c) cessão fiduciária de crédito para fomento da construção civil (Lei nº 4.864, de 1965, e Decreto-lei nº 70, de 1966); d) cessão fiduciária de recebíveis pra financiamentos concedidos às concessionárias de serviço (Leis nº 8.987, de 1995, e 11.079, de 2004).

É inquestionável, portanto, que alienação fiduciária e a cessão fiduciária são modalidades de negócio fiduciário de constituição de propriedade fiduciária, preferindo-se, por técnica jurídica, quando se tratar de cessão fiduciária de direitos, falar-se em titularidade de direitos, deixando-se o termo propriedade para quando a garantia incidir sobre bens móveis ou imóveis. (Grifos nossos).

No contrato de cessão fiduciária de crédito, conforme o disposto no artigo 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728/65, a posse direta e indireta do bem objeto da **propriedade fiduciária** ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor.

Inclusive, o credor, nos termos dos incisos do artigo 19 da Lei nº 9.514/97 (aplicável à cessão fiduciária de crédito por força do disposto no artigo 66-B, § 4º, da Lei nº 4.728/65), poderá, entre outros direitos, conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, **inclusive o próprio cedente**; usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel; e **receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente**.

Não restam dúvidas, portanto, que a cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou títulos de crédito dá origem à propriedade fiduciária, conferindo ao credor-cessionário a posição jurídica de **proprietário fiduciário**.

Esse tem sido o entendimento manifestado pelas 3^a e 4^a Turmas, que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, seção especializada e competente para apreciar as matérias concernentes ao Direito Privado.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator no julgamento do Recurso Especial nº 1.202.918/SP, assim se manifestou em seu voto ao apreciar o tema:

[...] Conclui-se, assim, que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, afiguram-se como (ou possuem a natureza jurídica de) propriedade fiduciária. (STJ, Terceira Turma, REsp 1.202.918/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10/04/2013).

A Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora no julgamento do Recurso Especial nº 1.370.540/RJ, em sede de decisão monocrática, também tratou expressamente da questão ao afirmar: “Esta Corte, todavia, tem entendido que a cessão fiduciária de créditos tem a mesma natureza jurídica da propriedade fiduciária [...]” (STJ, REsp 1.370.540/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 24/06/2013).

Uma vez estabelecido que o credor-cessionário, no contrato de cessão fiduciária de crédito, assume a posição jurídica de proprietário fiduciário, resta analisar, ainda, se o crédito (ou título de crédito) objeto da avença possui natureza jurídica de **bem móvel**, para fins de enquadramento na norma legal do artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, de forma a permitir a exclusão do respectivo crédito do âmbito da recuperação judicial.

A propriedade fiduciária pode ter como objeto bens corpóreos (móvels ou imóveis) e incorpóreos, incluindo-se aí os direitos sobre bens móveis e os títulos de crédito (CHALHUB, 2012, p. 228).

O artigo 83, inciso III, do Código Civil considera como bens móveis os **direitos pessoais de caráter patrimonial** e respectivas ações.

Não há dúvidas, portanto, de que o direito de crédito ou o título de crédito possuem natureza jurídica de **bem móvel**. No cenário jurídico brasileiro, esse é o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante.

Na doutrina, é sempre bom lembrar as eternas lições do professor Caio Mário da Silva Pereira, que, em sua notória obra *Instituições de Direito Civil*, aborda a questão com a costumeira maestria:

No comércio social, os indivíduos travam relações que produzem efeitos econômicos, ora adquirindo a faculdade de exigir uma prestação, ora assumindo, a seu turno, o compromisso de prestar. Qualquer destas operações, de uma ou de outra categoria, tem o que se pode chamar reflexo patrimonial, por implicar uma determinada projeção de natureza econômica: quando uma pessoa entra em comércio com outra e realiza um negócio, gera-se um fenômeno econômico ou de natureza patrimonial, mesmo que não se saiba de antemão se o resultado será positivo ou negativo.

[...]

Como observação genérica, pode-se dizer que a classificação dos bens em móveis e imóveis tem sentido universal na acepção de que absorve todo objeto de qualquer relação jurídica. Todos os bens têm lugar nela, porque, ou são móveis, ou são imóveis (PEREIRA, 1999, p. 246 e 260).

Nessa linha de raciocínio, não há espaço para dúvidas quanto à natureza jurídica do direito de crédito e/ou título de crédito objeto de cessão fiduciária, uma vez que, inequivocamente, se trata de bem móvel, representado por um direito pessoal de caráter patrimonial.

Vale a pena destacar, ainda, as precisas palavras de Chalhub (2012, p. 234) ao analisar o presente tema em obra específica sobre negócio fiduciário:

[...] os direitos e títulos de crédito são classificados como bens móveis para os efeitos legais, nos termos do inciso III do art. 83 do Código Civil (art. 48 do Código Civil de 1916), e, assim sendo, os créditos objeto de cessão fiduciária qualificam-se como bens objeto da propriedade fiduciária a que se refere o § 3º do art. 49 e, portanto, estão excluídos do plano de recuperação.

Em sede jurisprudencial, o Tribunal de Justiça de São Paulo sedimentou seu posicionamento por meio da **Súmula nº 59**, cujo teor é o seguinte: “Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se filia a esse entendimento. De forma a ilustrar o que ora se afirma, é válida a leitura de trecho do voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, proferido nos autos do Recurso Especial nº 1.263.500/ES, diante de sua precisão ao tratar especificamente desse ponto:

Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos de crédito não configurem “direitos pessoais de caráter patrimonial”, bens móveis, portanto.

Mencionando o § 3º do art. 49 da LFR o gênero - bens móveis - não haveria, data venia, por que especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de “bens imóveis” (CC, arts. 79 a 81).

[...]

Com efeito, a explicitação contida na oração “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa” tem como escopo deixar claro que, no caso de bens corpóreos, estes poderão ser retomados pelo credor para a execução da garantia, salvo em se tratando de bens de capital essenciais à atividade empresarial, hipótese em que a lei concede o prazo de cento e oitenta dias durante o qual é vedada a sua retirada do estabelecimento do devedor.

Em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não seria necessária a explicitação e nem a consequente ressalva, pois o art. 18 da Lei 9.514/97, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito (66-B, § 4º, da Lei 4.728/65, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, acima transrito), dispõe que “o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida [...]”, seguindo-se o art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título, a qual pode ser conservada e recuperada “inclusive contra o próprio cedente” (inciso I), bem como o direito de “receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente” (inciso IV), outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos (inciso III).

Conclui-se, portanto, que a explicitação legal das garantias dos titulares de propriedade fiduciária de bens

corpóreos (coisas) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos. (STJ, Quarta Turma, REsp 1.263.500/ES, Rel. Min. Isabel Gallotti, DJe 12/04/2013).

Constata-se, dessa forma, que a cessão fiduciária de crédito confere ao cessionário a posição jurídica de **proprietário fiduciário**, sendo certo que o direito de crédito (ou o título de crédito) se enquadra no conceito legal de **bem móvel**, em perfeita harmonia com os ditames legais previstos no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

1.2 Requisito formal indispensável para sua constituição

O artigo 66-B da Lei nº 4.728/65 (incluído pela Lei nº 10.931/2004), ao tratar da cessão fiduciária em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, estabeleceu os requisitos para sua constituição da seguinte forma:

O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, **além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil**, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. (Grifos nossos).

Tal dispositivo deve ser harmonizado com o disposto no artigo 1.368-A do Código Civil:

As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, **somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial** (grifos nossos).

O Código Civil, por sua vez, em seu artigo 1.361, § 1º, ao tratar do instituto da propriedade fiduciária sobre coisa móvel infungível, assim determina:

Constitui-se a propriedade fiduciária com o **registro do contrato**, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, **no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor** [...] (grifos nossos).

Por força da aplicação sistemática dos dispositivos legais acima mencionados, conclui-se que, para o aperfeiçoamento da proprie-

dade fiduciária, além dos requisitos ordinários atinentes à formação do negócio jurídico, bem como dos elementos específicos elencados no artigo 66-B da Lei nº 4.728/65, é necessário levar a registro o contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor.

O registro do contrato, nessa situação, gera **efeito constitutivo da propriedade fiduciária**. Nesse ponto, também, doutrina e jurisprudência compartilham do mesmo entendimento.

Em recente obra, os professores Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli abordaram o tema de forma extremamente objetiva e esclarecedora, conforme se observa no trecho abaixo destacado:

A propriedade fiduciária é constituída com o registro do contrato, nos termos do art. 1.361, 1º, CC. **Logo, se o contrato não foi registrado, não há constituição de propriedade fiduciária e, portanto, o crédito sujeita-se à recuperação judicial.** Ademais, se o contrato é registrado após o deferimento do processamento da recuperação judicial, o crédito permanece sujeito à recuperação judicial (AYOUB; CAVALLI, 2013, p. 77, grifos nossos).

No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, conforme se observa no trecho do voto do Desembargador Nagib Slaibi proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 00047523-23.2011.8.19.0000, abaixo colacionado:

No que diz respeito à natureza da cessão fiduciária de créditos, conforme orientação jurisprudencial há entendimento de que o disposto no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 deve ser aplicado em conjunto com o disposto no artigo 1.361, § 1º, do Código Civil, no sentido de que a cessão fiduciária pode ter por objeto direitos de créditos, títulos de créditos recebíveis, que têm natureza jurídica de bens móveis (artigo 83, III, Código Civil), sendo necessário o registro do contrato no Cartório de Registro de Títulos e Documentos para a constituição da garantia real.

[...]

O registro do contrato de cessão fiduciária no Cartório de Títulos e Documentos, que antes visava dar publicidade ao ato a terceiros, hoje passou a ser requisito para a formalização do negócio.

[...]

Daí porque, sem o registro, ineficaz a alienação fiduciária dos créditos representados pelos títulos, afastando a incidência do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005. (TJ/RJ, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0047523-23.2011.8.19.0000, Rel. Des. Nagib Slaibi, DJe 12/12/2011).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, também possui diversos precedentes que respaldam o posicionamento anteriormente aludido:

Este E. Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que **o disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05 deve ter aplicação conjunta com a determinação do art. 1.361, § 1º, do CC, de modo que a constituição da garantia é regularmente efetivada apenas com o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos, já que os direitos de crédito possuem natureza legal de bens móveis** (TJ/SP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento n. 0012540-32.2013.8.26.0000, Rel. Des. Fed. Enio Zuliani, DJE 18/06/2013, p. 1.053, grifos nossos).

Orienta a súmula nº 60 deste e. TJSP: *a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.* A edição da súmula nº 60 é consequência de inúmeros julgados que reconhecem a exclusão da recuperação judicial dos créditos garantidos por contrato de cessão de crédito (“trava bancária”), com amparo no art. 49 § 3º da Lei 11.101/05, mas **desde que regularmente registrados no Registro Público.** (TJ/SP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento n. 0115218-28.2013.8.26.0000, Rel. Des. Fed. Teixeira Leite, DJE 11/07/2013, p. 88, grifos do autor).

Conforme se observa nos julgados supracitados, o Tribunal de Justiça de São Paulo sedimentou seu posicionamento com a edição da **Súmula nº 60**, ao afirmar que “a propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor”.

Constata-se, portanto, que há a necessidade de o registro do contrato ser realizado anteriormente ao deferimento do processamento da recuperação judicial, de forma a permitir a aplicação da norma excepcional prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

Trata-se, obviamente, de um requisito que, apesar de ser meramente formal, é extremamente importante, em decorrência da repercussão extrema que traz para o enquadramento do crédito no bojo do processo de recuperação judicial, uma vez que, caso o referido registro não seja levado a efeito, é muito provável que, além de o crédito se submeter aos efeitos da recuperação judicial, o mesmo seja enquadrado como crédito quirografário.

2 Submissão à recuperação judicial

2.1 Aplicação e abrangência do artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005

Com a devida conceituação do instituto, a sua delimitação e a análise de seus requisitos, torna-se possível abordar a questão quanto ao enquadramento ou não na exceção legal prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 em relação aos contratos de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou títulos de crédito.

Conforme já mencionado na seção 1 do presente artigo, o referido dispositivo legal possui a seguinte redação:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º. **Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis**, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contêm cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, **seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva**, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial. (Grifos nossos).

Conforme restou explicitado nos tópicos anteriores, o contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou de títulos de crédito garante ao credor-cessionário a posição jurídica de proprietário fiduciário. Além disso, é indubitável que o direito creditório e/ou o título de crédito possuem natureza jurídica de bem móvel.

Com fundamento nessa base conceitual e teórica, é possível concluir que o crédito objeto de cessão fiduciária **não se submete aos efeitos da recuperação judicial**, desde que o referido contrato tenha sido regularmente registrado em data anterior ao deferimento do processamento da recuperação judicial.

Esse é o atual entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, seção especializada e competente para apreciar as matérias concernentes ao Direito Privado, composta pelas 3ª e 4ª Turmas, conforme se observa nos dois *leading cases* abaixo colacionados:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. “TRAVA BANCÁRIA”.

1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, **não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.**

2. Recurso especial não provido. (STJ, Terceira Turma, REsp 1.202.918/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10/04/2013, grifos nossos).

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965.

1. **Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.**

2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.263.500/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 12/04/2013, grifos nossos).

Dante desse posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, seus Ministros já vêm julgando casos similares de forma monocrática, com base no art. 557 do CPC, conforme se observa nos trechos de decisões abaixo reproduzidas:

Esta Corte, todavia, tem entendido que a cessão fiduciária de créditos tem a mesma natureza jurídica da propriedade fiduciária, a afastar tais créditos da recuperação judicial, de modo que aí não devem ser incluídos. (REsp 1.370.540/RJ, Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 24/06/2013).

Com efeito, o Acórdão recorrido está em desconformidade com a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, que se firmou no sentido de que o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária. (REsp 1.369.958/MG, Min. Sidnei Beneti, DJe 08/10/2013).

No Tribunal de Justiça de São Paulo, o cenário se assemelha ao existente no Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa nos julgados abaixo selecionados:

Recuperação Judicial – Despacho judicial que, além de deferir processamento da recuperação judicial da empresa Supermercado Gimenes S/A, deferiu também tutelas de urgência requeridas pela recuperanda, ou seja, deferiu, em caráter excepcional, o pedido cautelar de “liberação das travas bancárias” instituídas através de contratos celebrados entre o autor e as instituições financeiras mencionadas nos autos – Inadmissibilidade – Cédulas de crédito bancário garantidas por Instrumento Particular de Cessão Fiduciária de Direitos sobre Conta Vinculada e Outras Avenças – Visanet, por Instrumento Particular de Contrato de Cessão Fiduciária de Créditos e Outras Avenças – Redecard e, finalmente, por Instrumento Particular de Cessão Fiduciária de Quotas de Fundos de Investimentos e Outras Avenças – 20% (vinte por cento) – Os direitos de créditos são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, do CC) e se incluem no § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005 – Propriedade fiduciária constituída com o registro do contrato – Aplicação do disposto no art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005 – Possibilidade de alienação fiduciária de bens futuros – Agravo de instrumento provido. (TJ/SP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Agravo de Instrumento n. 627.659-4/3-00, Rel. Des. Fed. Romeo Ricupero, DJE 08/09/2009, p. 1.170).

Esta Câmara tem pacífico e reiterado entendimento que reconhece ter a cessão fiduciária de crédito ou de títulos de crédito a mesma natureza jurídica de alienação fiduciária de bem móvel, mercê do que vem decidindo que está ela excluída dos efeitos da recuperação judicial, a teor do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. (TJ/SP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento n. 0294738-16.2011.8.26.0000, Rel. Des. Fed. Pereira Calças, DJE 05/07/2012, p. 772).

Entretanto, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a questão não se encontra pacificada, tendo em vista o posicionamento de alguns julgadores no sentido de que a cessão fiduciária de crédito teria natureza de verdadeiro **penhor de crédito**, motivo pelo qual seria inaplicável o § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Tal corrente jurisprudencial defende a aplicação do § 5º do art. 49 da referida lei, fazendo com que os créditos objeto de contrato de cessão fiduciária se submetam aos efeitos da recuperação judicial da forma como estipulada no referido dispositivo legal.

O § 5º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 possui a seguinte redação:

Art. 49.

[...]

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações finan-

ceiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ganhou destaque o acórdão da lavra do Desembargador Alexandre Freitas Câmara proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0020343-03.2009.8.19.0000. Sua ementa ficou assim redigida:

Direito Empresarial. Recuperação Judicial de empresa. **Credor que se apresenta como proprietário fiduciário mas, na verdade, é credor pignoratício. Sujeição dos créditos garantidos por penhor ao processo de recuperação.** Legitimidade da decisão judicial que autoriza o levantamento de metade dos recebíveis, liberando tais verbas do mecanismo conhecido como “trava bancária”. Aplicação dos princípios da preservação da empresa e da função social do contrato. Recurso a que se nega provimento. (TJ/RJ, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0020343-03.2009.8.19.0000, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, DJe 30/03/2009, grifos nossos).

O posicionamento ali ilustrado, acompanhado posteriormente em diversos outros julgados (como, por exemplo, nos Agravos de Instrumento n. 0060653-46.2012.8.19.0000 e 0042658-20.2012.8.19.0000), defende que o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 não seria aplicável pelo simples motivo de que o contrato de cessão fiduciária de recebíveis (direitos creditórios) teria natureza jurídica de penhor de crédito, uma vez que a garantia seria essencialmente pignoratícia.

Ademais, afirma-se que a propriedade fiduciária tratada no art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101/2005 seria, tão somente, aquela prevista no art. 1.361 do Código Civil, ou seja, de coisa móvel infungível, e não a das leis especiais, como é o caso da Lei nº 4.728/65 e da Lei nº 9.514/97, uma vez que a mencionada norma da Lei nº 11.101/2005 seria uma exceção à regra geral prevista no *caput* do art. 49, fato que demandaria interpretação restritiva.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já tiveram a oportunidade de se manifestar de forma contrária a esse entendimento, afirmindo que a cessão fiduciária de direitos creditórios não possui natureza de penhor de crédito, mas sim verdadeira propriedade fiduciária, nos termos do art. 1.368-A do Código Civil, motivo pelo qual seria per-

feitamente aplicável a regra excepcional prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

A Desembargadora Luisa Cristina Bottrel Souza, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0000109-97.2009.8.19.0000, foi precisa em seu voto ao tratar da questão, conforme se observa no trecho abaixo destacado:

Propriedade fiduciária é o gênero, podendo recair sobre coisa móvel ou imóvel, sobre coisa fungível ou infungível, sobre bens corpóreos ou incorpóreos. O artigo 1361 do CC refere-se a uma das espécies de propriedade fiduciária, que recai sobre coisa móvel infungível. Mas a admite o ordenamento pátrio sobre coisa móvel fungível, sobre coisa móvel, sobre crédito. Daí porque é possível dizer que do gênero – propriedade fiduciária – são espécies, a alienação fiduciária e a cessão fiduciária. Sendo a cessão fiduciária espécie da propriedade fiduciária que recai sobre bem móvel, o crédito se vê transferido à titularidade do credor, passa a integrar o patrimônio do cessionário, razão pela qual se vê excluído da recuperação judicial, por expressa determinação legal. (TJ/RJ, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0000109-97.2009.8.19.0000, Rel. Des. Luisa Cristina Bottrel Souza, DJe 16/07/2009).

Tal posicionamento, além de ter sido aplicado em outros casos similares no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (conforme se observa nos Agravos de Instrumento nº 2009.002.21927 e nº 2009.002.34272), restou respaldado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.263.500/ES, *leading case* mencionado anteriormente, a Ministra Maria Isabel Gallotti, ao tratar da questão, fez ponderações extremamente pertinentes em seu voto, conforme se constata neste trecho destacado:

Anote, ainda, que parte expressiva da doutrina especializada e acordãos de alguns Tribunais de Justiça (Rio de Janeiro e Paraná) têm considerado aplicável à cessão fiduciária de crédito a disciplina do § 5º do art. 49 da LFR, relativa ao penhor sobre títulos de crédito.

Além de não se afeiçoar a cessão fiduciária à disciplina legal da garantia pignoratícia, em cujo conceito não se comprehende a transferência da titularidade do bem (critério legal definidor da generalidade dos tipos de garantia fiduciária), penso que tal solução, incompatível, data máxima vénia, com o texto legal, não seria proveitosa à empresa recuperanda (a qual continuaria privada do uso dos recursos, mantidos em conta vinculada) e nem ao credor, destituído do recebimento imediato dos valores nos termos da garantia contratada. (STJ, REsp

1.263.500/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 12/04/2013).

Constata-se, assim, que o crédito garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios não se sujeita à recuperação judicial, por força do disposto no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

Por conta disso, há um forte incentivo para que essa modalidade de garantia seja utilizada pelo mercado, sendo fato notório que a constituição de penhor sobre títulos de crédito cedeu lugar à cessão fiduciária como forma de garantia das operações de mútuo bancário, tratando-se, portanto, de institutos diversos, com efeitos jurídicos distintos (AYOUB; CAVALLI, 2013, p. 79).

Com base no exposto, não se vislumbra a existência de argumento jurídico forte o suficiente para impedir a aplicação do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 nos contratos de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou títulos de crédito, uma vez que, conforme a dicção legal, o crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis não se submete aos efeitos da recuperação judicial.

2.2 Princípio da preservação da empresa viável e a “trava bancária”

Na verdade, toda a polêmica envolvendo a aplicação ou não da regra excepcional prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 aos contratos de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou títulos de crédito se justifica pelo fato de que as sociedades empresárias recuperandas, que figuram como devedores nesse tipo de contrato, têm o interesse urgente de liberar o seu fluxo de caixa da trava de domicílio bancário, mais comumente denominada apenas de “trava bancária”.

O objetivo final é permitir a utilização do referido fluxo de caixa para a consecução do Plano de Recuperação Judicial, sob o argumento de que a manutenção da “trava bancária” engessaria o desempenho da atividade empresarial e dificultaria o soerguimento da empresa.

Inicialmente, cumpre definir o conceito de “trava bancária”. Tal expressão é utilizada para designar a operação negocial realizada no bojo da cessão fiduciária de direitos creditórios. Na verdade, o que se observa é a estipulação contratual da trava de domicílio bancário, de forma que os referidos direitos creditórios (ou recebíveis) sejam depositados em conta bancária da instituição financeira que figura como credora-cessionária, conta vinculada ao referido contrato, na qual esta efetuará a satisfação do seu crédito, não se submetendo aos efeitos da recuperação judicial.

Nos processos de recuperação judicial, o afastamento ou a mitigação da norma prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 são comumente solicitados pelo devedor, acompanhados de pedido de liberação total e/ou parcial da “trava bancária” como solução viabilizadora do plano de recuperação judicial, com a finalidade de evitar a imediata utilização dos recursos pelo credor-cessionário para a satisfação do seu crédito.

Nesse ponto, é possível observar o choque entre interesses diversos envolvendo, de um lado, a preservação da empresa viável e, de outro, a proteção do ato jurídico perfeito e do sistema financeiro como um todo.

O artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, ao inaugurar o capítulo referente à Recuperação Judicial, definiu, de forma clara, a finalidade primordial do instituto, qual seja, viabilizar a superação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a **preservação da empresa**, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Aqui, vale lembrar as precisas lições de Campinho (2006, p. 120), ao se referir ao princípio da preservação da empresa:

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o ‘ativo social’ por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral.

Dentro desse conceito de se procurar a preservação da empresa, é importante salientar que, na verdade, o que a Lei nº 11.101/2005 busca é conferir meios capazes de permitir o soerguimento da empresa viável.

A **viabilidade** da recuperação da empresa deve sempre ser identificada, não devendo o instituto da recuperação judicial ser utilizado em benefício de sociedades empresárias que, pela dimensão de sua situação de crise, não tenham possibilidade real de se reerguerem e sanarem seus problemas.

Nessa linha de raciocínio, Campinho (2006, p. 121) faz uma abordagem muito lúcida quanto aos objetivos e princípios trazidos pela Lei nº 11.101/2005:

A recuperação vai sempre supor a empresa viável, que passa por um estado de crise temporária e superável pela vontade dos credores. Um dos requisitos para se preferir a recuperação judicial à falência é justamente a confiança dos credores na demonstração de que a empresa se afigura ativa, produzindo meios capazes de superar a sua debilidade financeira. Haverá uma natural seleção entre aqueles agentes econômicos viáveis e capazes, que merecem apoio, e aqueles que devem ser alijados do convívio no mercado. Nessa ordem de fatos é que na prática, acreditamos, ter-se-á mais processos de falência do que de recuperação; mas a vocação da lei deve repousar, sempre, na prevalência do conceito recuperatório sobre o liquidatório. Conceitualmente, a recuperação é a regra e a falência a exceção. Esse é o espírito a conduzir a exegese dos preceitos da Lei nº 11.101/2005.

Justamente com base nessa interpretação favorável à manutenção da empresa viável, fundada nos objetivos traçados pela Lei nº 11.101/2005, é que se observam algumas decisões judiciais onde há o deferimento do pedido de liberação parcial ou total da “trava bancária”.

O Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.263.500/ES, apesar de seu voto ter restado vencido, fez considerações relevantes no exame da presente questão, defendendo a possibilidade de, no caso concreto, se flexibilizar a “trava bancária” em benefício do princípio da preservação da empresa, conforme se observa no trecho abaixo:

Com efeito, a solução que se me afigura correta é a que harmoniza a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciário, de modo que os valores recebíveis mediante o instrumento de cessão fiduciária não sejam simplesmente diluídos para o pagamento dos outros credores submetidos ao Plano, tampouco liquidados extrajudicialmente pelo credor fiduciário na satisfação do próprio crédito, sem a interferência judicial.

Assim, reconheço que o crédito garantido por cessão fiduciária de título não faz parte do Plano de Recuperação Judicial, mas sua liquidação deverá ser sindicada pelo Juízo da recuperação, a partir da seguinte solução:

(i) os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao Juízo da recuperação, os quais não serão rateados para o pagamento dos demais credores submetidos ao Plano;

(ii) o credor fiduciário deverá pleitear ao Juízo o levantamento dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não – no todo ou em parte – ao funcionamento da empresa;

(iii) no caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

[...] é o Juízo da recuperação que vai ponderar, em cada caso, os interesses em conflito, o de preservar a empresa, mediante a retenção de bens essenciais ao seu funcionamento, e o de satisfação do crédito tido pela Lei como de especialíssima importância. (Luis Felipe Salomão, voto vencido no Recurso Especial nº 1.263.500/ES, DJe 12/04/2013, grifos nossos).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui diversos julgados no sentido da liberação parcial da “trava bancária” sempre que esta se colocar no caminho da implementação do Plano de Recuperação Judicial.

A título de exemplo, vale a pena trazer à baila trecho do voto do Desembargador Alexandre Freitas Câmara proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0020343-03.2009.8.19.0000:

E isto porque a Lei nº 11.101/2005 consagra o princípio da recuperação da empresa, como se pode ver da literalidade de seu art. 47. Para que se preserve a empresa (o que, no caso em exame, significa preservar não só os empreendimentos mas, também, pelo menos oitenta e cinco empregos diretos), é perfeitamente possível que o juízo reveja os termos de uma relação contratual (como a existente entre as partes), de forma a adaptá-la às necessidades da empresa em recuperação.

Ademais, a decisão agravada mostra-se em total consonância com o princípio da função social do contrato, expressamente previsto no Código Civil de 2002.

É, pois, juridicamente adequada a decisão que autoriza o levantamento de metade dos recebíveis da empresa decorrentes de vendas feitas com cartão de crédito, liberando tais verbas da “trava bancária. (TJ/RJ, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0020343-03.2009.8.19.0000, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, DJe 30/03/2009).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, apesar do entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, antes aludido, parece se inclinar no sentido de que o contrato de cessão fiduciária e a ga-

rantia ali estipulada, consistente em verdadeiro ato jurídico perfeito, devem ser respeitados, não sendo possível a liberação da "trava bancária", por consistir, na prática, em fragilização da garantia fiduciária e descumprimento à regra legal prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

De fato, o cerne da questão não reside apenas na necessidade de se respeitar o ato jurídico perfeito, consubstanciado na garantia contratualmente estabelecida entre as partes, mas também na importante visão econômica do Direito, consistente na manutenção do bom funcionamento do sistema financeiro como um todo, uma vez que a não submissão do crédito garantido por cessão fiduciária aos efeitos da recuperação judicial, conforme previsão legal, é fator essencial para a estipulação da taxa de juros e para a análise de risco de crédito, repercutindo diretamente na oferta de crédito e no *spread* bancário, influenciando diretamente no desenvolvimento da atividade empresarial no país.

Essa abordagem mais ampla foi percebida pelo Superior Tribunal de Justiça. Conforme já afirmado aqui, os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais nº 1.202.918/SP e nº 1.263.500/ES, julgados pela 3ª e 4ª Turmas, respectivamente, ilustram o posicionamento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Os Ministros-relatores Ricardo Villas Bôas Cueva e Maria Isabel Gallotti, em seus respectivos votos, foram extremamente claros e precisos, abordando esse ponto de vista, conforme se observa nos trechos abaixo colacionados:

[...] Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, **não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.**

[...] entendo que seria grande a subjetividade na análise judicial preconizada acerca de ser aquela quantia em dinheiro necessária ou não ao processo de recuperação judicial. Recursos financeiros são sempre necessários, sobretudo para empresas em dificuldades, em processo de recuperação. Tenho que essa ressalva praticamente descaracterizaria esse tipo de garantia que se pretende bastante forte, de fato, mas que foi pactuada den-

tro dos termos autorizados em lei, deixando ao alvedrio do Juiz dizer, em cada caso, se o dinheiro será ou não necessário à recuperação da empresa, sendo que, a meu ver, dificilmente se poderá afirmar que não seja necessário à recuperação da empresa contar com mais recursos financeiros.

[...] Penso que isso daria uma grande subjetividade, incerteza, a essa garantia que a lei quis objetiva. (REsp 1.263.500/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 12/04/2013, grifos nossos).

Em outra perspectiva, não há falar em ofensa ao princípio da preservação da empresa, pois a análise evolutiva da legislação relacionada aos institutos jurídicos ora em estudo evidencia que o intento da lei ao criar um mecanismo jurídico que permite a obtenção de empréstimos a juros mais baixos é o de promover um ambiente princípio ao desenvolvimento econômico, especialmente em casos em que a ausência de lastro patrimonial, em regra, impossibilitava essa alternativa. (REsp 1.202.918/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10/04/2013).

Por todo o exposto, é possível concluir que, ponderando os interesses jurídicos em conflito, deve prevalecer não apenas o respeito ao ato jurídico perfeito e à legalidade da norma prevista no art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, como também a proteção do sistema financeiro, que, de acordo com o art. 192 da Constituição Federal, deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade”.

Não podem tais interesses ser fragilizados com base no princípio da preservação da empresa, diante do risco sistêmico envolvido nesse tipo de flexibilização de regras legais, sendo certo que o mercado financeiro e de capitais presume a validade e eficácia do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 ao desenvolver sua atividade na oferta de crédito.

Conclusão

O art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, ao regular o procedimento da recuperação judicial, excluiu do seu âmbito os créditos garantidos por propriedade fiduciária, assegurando ao credor fiduciário a continuidade da percepção do produto da cobrança até o limite do seu crédito.

Os direitos creditórios são considerados bens móveis por definição legal, na esteira do disposto no art. 83, inciso III, do CÓ-

digo Civil, e, portanto, estão abrangidos pelo art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

Ademais, é inaplicável a regra do art. 49, § 5º, da Lei nº 11.101/2005 porque essa se refere exclusivamente aos créditos garantidos por penhor, no qual o devedor empenha o crédito, mas conserva a propriedade. Assim, encontrando-se no patrimônio do devedor, os créditos pignoratícios se submetem ao processo de recuperação judicial.

A exclusão dos créditos fiduciários dos efeitos da recuperação judicial se baseia no fato de que tais créditos não integram o patrimônio do devedor fiduciante, mas sim o patrimônio do credor fiduciário, nos termos do art. 18 da Lei nº 9.514/97.

Ao afastar o crédito do proprietário fiduciário dos efeitos da recuperação judicial e determinar que seja observada a legislação respectiva, o § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 refere-se aos §§ 3º e 4º do art. 66-B da Lei nº 4.728/65 e aos arts. 17 a 20 da Lei nº 9.514/97, e é em articulação com esses dispositivos que deve ser interpretada a regra de exclusão do crédito fiduciário (CHALHUB, 2012, p. 237-238).

Por conta disso, o instituto da cessão fiduciária de crédito, trazido ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 10.931/2004, vem sendo amplamente utilizado pelo Sistema Financeiro na concessão de crédito ao setor empresarial, tendo em vista que a proteção da garantia fiduciária facilita a recuperação do crédito em favor do credor e, exatamente por conta disso, opera com taxas de juros mais atrativas do que outras modalidades de financiamento.

Essa realidade de mercado, conforme restou demonstrado nos tópicos deste artigo, não passou despercebida pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo diversos precedentes no sentido de que o contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios e/ou de títulos de crédito (regularmente registrada) não se submete à recuperação judicial.

A discussão acerca do enquadramento da cessão fiduciária de crédito na exceção legal prevista no artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 não se mostra com perfil meramente jurídico e/ou acadêmico, acarretando, por certo, consequências diretas no sistema financeiro como um todo e atingindo a economia real, motivo pelo qual é necessário, com a maior celeridade possível, que o Poder Judiciário pacifique a questão, garantindo à atividade empresarial a tão preciosa **segurança jurídica**.

Para isso, mostra-se necessário pacificar de forma definitiva a questão e dirimir a controvérsia por meio da sistemática do recurso repetitivo, previsto no artigo 543-C do CPC, evitando-se, assim, que os credores fiduciários tenham que percorrer todo o moroso trâmite

recursal para obter pronunciamento favorável pelo Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que o Tribunal local tenha entendimento diverso daquele fixado pelo referido Tribunal Superior.

Referências

- AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais: Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- _____. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2. tiragem.
- FERNANDES, Jean Carlos. **Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito: a Posição do Credor Fiduciário na Recuperação Judicial da Empresa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. I.

A desconsideração da personalidade jurídica. Reflexões acerca da afirmação histórica da pressuposição de personalidade jurídica como meio para imputação de responsabilidade dos sócios

José Gabriel Boschi

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito dos Negócios
pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos/RS*

RESUMO

O estudo histórico das formas societárias, no direito comercial, comprova que a limitação de responsabilidade dos sócios por dívida social não era decorrência do reconhecimento externo do ente coletivo (ou da sua personificação, após o período da Idade Média, quando esse conceito surge no direito moderno), mas sim do fato de serem titulares de direito de crédito sobre a sociedade, ante os meios de produção investidos. Por outro lado, a ausência de limitação de responsabilidade no que diz respeito a outros tipos societários decorria do fato de que todos eram gestores dos meios de produção, juntamente com o próprio ente coletivo assumindo daí a responsabilidade plena pelo negócio. O que sucedeu na história, após, foi uma crise de limitação de responsabilidade, pois, ao mesmo tempo em que a doutrina passou a atribuir, equivocadamente, o dogma de que ausência de limitação de responsabilidade dos sócios, nas sociedades em nome coletivo, decorria da ausência de personificação do ente coletivo, a lei e a jurisprudência passaram a utilizar juízo político para, em determinadas matérias, atribuir-se responsabilidade aos sócios de sociedade com responsabilidade limitada (limitada e sociedade anônima).

Palavras-chave: Evolução histórica dos tipos societários. Desconsideração da personalidade jurídica. Imputação de responsabilidade aos sócios. Aquisição da posição de controle social.

ABSTRACT

The historical study of firms forms, in commercial law, proves that the limitation of liability of partners for social debt was not due to the external recognition of the collective entity (or its personification, after the period of the Middle Ages, when this concept appears in modern law), but due to the fact that they are the rightful creditors of the company because they invested in the means of production. On the other hand, the absence of limitation of liability with respect to other corporate types stemmed from the fact that all managers were the means of production, along with the collective entity itself thus assuming full responsibility for the business. What happened in history after was a crisis of limitation of liability, because at the same time that the doctrine began to be allocated, mistakenly, the dogma that no limitation of liability of partners in societies collective name stemmed from the absence of personification of the collective being, the law jurisprudence began to use political judgment, in certain matters, attributed to liability to the members of society with limited liability (limited and corporation).

Keywords: Historical evolution of corporate types. Piercing the corporate veil. Imputation of liability to the members. Acquisition of social control position.

Introdução

A desconsideração da personalidade jurídica, a exemplo de inúmeros outros institutos jurídicos, sempre foi objeto de debate acadêmico e pretoriano. Desde o seu surgimento, essa teoria sempre passou por reflexões que, não raras vezes, alteraram-lhe o campo de aplicação. Aliás, esse fenômeno já ocorreu, também, com o estudo da limitação de responsabilidade dos sócios, em razão do surgimento frequente, na história, de novas formas societárias.

O dogma consagrado na doutrina e prática pretoriana sempre foi o de que a limitação (ou ausência de limitação, a depender do tipo societário) sempre esteve vinculada à preexistência (ou não) de personalidade jurídica societária. Haveria, nessa linha, limitação de responsabilidade aos sócios de sociedade personificada, o que não ocorreria, contudo, em favor do sócio de sociedade não personificada. Para a confirmação, ou crítica, a essa conclusão, impõe-se um estudo investigativo e histórico, embora sintético, ante os limites deste artigo, do reconhecimento da sociedade como ente diverso de seus sócios e com eficácia externa perante terceiros, bem como das hipóteses de limitação nos diversos tipos societários existentes.

Atualmente, verifica-se que há nítido aumento da incidência da desconsideração da personalidade jurídica nas decisões judiciais, em razão da influência de outros ramos do direito e da confluência de princípios comuns. Como é notório, a desconsideração da personalidade jurídica tem ocorrência na área tributária, administrativa, trabalhista, consumerista, entre outras, o que, notadamente, não ocorria em épocas passadas. De qualquer sorte, esses fenômenos reproduzem, ao nosso sentir, simples imputação de responsabilidade ao sócio, sem que haja necessária desconsideração de personalidade jurídica, a qual, ademais, como será visto, sequer é pressuposto para dita imputação.

Assim, no presente trabalho, após rápida investigação histórica acerca da limitação de responsabilidade dos sócios, buscar-se-á elencar as hipóteses legais e pretorianas utilizadas para imputar ao sócio responsabilidade por ato da sociedade para, ao final, concluir-se acerca de adequação e congruência entre teoria e prática, bem como se a imputação de responsabilidade pressupunha personalidade jurídica (a ser “desconsiderada”).

No ponto, é fundamental aludir que a produção do presente trabalho assenta-se na obra do professor Walfredo Jorge Warde Júnior, que em sua tese de doutoramento perante a Universidade de São Paulo sustentou, em síntese, que a imputação de responsabilidade aos sócios jamais passou, na história, pelo pressuposto da existência de personalidade jurídica societária, ao contrário do que apregoado no meio jurídico.

Por fim, não se pode perder de vista que a complexidade do tema e a limitação extensiva do presente artigo não lhe conferem, por conseguinte, completude acadêmica. Este artigo propõe-se ser, na essência, descritivo e informativo, de modo que a crítica deve ser sopesada sob esse viés.

1 Evolução histórica dos tipos societários e da limitação de responsabilidade dos sócios

Antes que se possa proceder à análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, é imperativo tecer breves comentários acerca da evolução histórica da limitação de responsabilidade dos sócios, bem como do conceito de pessoa jurídica. Há, inevitavelmente, a necessidade de se firmar e compreender, como pressuposto (ou não) para ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica, a evolução histórica da imputação de responsabilidade aos sócios por dívida social, bem como o conceito de personalidade jurídica societária.

A sociedade, entendida sinteticamente como a união de pessoas para a realização de um objetivo comum, tem origens históricas muito remotas, desde quando os homens, por razões impostas pelo meio em que viviam, fundamentalmente para sua sobrevivência, associavam-se entre si.

Para parte dos historiadores, a primeira aparição de uma sociedade com patrimônio destinado à persecução de fins mercantis comuns surge em Roma, através da *societas*. Havia uma comunhão voluntária do patrimônio dos sócios para consecução de fins comuns. Porém, a sociedade não era dotada de qualquer relevância externa, ou seja, não era reconhecida perante terceiros (sequer a comunhão patrimonial). Somente o sócio que realizasse o negócio respondia pelas obrigações daí decorrentes, as quais não eram extensivas aos demais. O sócio dedicado à gestão da sociedade dispunha, por conseguinte, de todo o patrimônio social, como se dono fosse, aproveitando-se direta e pessoalmente dos resultados da atividade. Quanto aos demais sócios, havia limitação de responsabilidade, que obviamente não decorria de personificação da *societas* (que sequer tinha reconhecimento social e, portanto, personalidade), mas sim do fato de assumirem a posição de credores da sociedade ante o capital investido, à semelhança dos demais credores externos. Eram, assim, simples credores, titulares de crédito, quanto aos proveitos auferidos (resultado) pelo sócio que, no exercício da empresa, deu-lhes causa.

Com a queda do Império Romano, inaugurou-se período de flagrante declínio comercial na Europa, sendo as vilas romanas substituídas por comunidades agrícolas autossuficientes, naquilo que posteriormente vieram a se constituir em *feudos*, com predomínio da troca de produtos entre os envolvidos (LIMA LOPES, 2011).

Quanto ao âmbito das formas societárias, os povos bárbaros trouxeram em sua cultura o vínculo associativo familiar, no qual todos respondiam pelos atos negociais praticados. A *fraternae societatis* dos povos germânicos, assim, inaugura um período de eficácia externa da sociedade, com reconhecimento por parte de terceiros. Recebe ela, ademais, influência da *societas* romana de modo a atribuir a todos os sócios solidariedade ativa e passiva pelos atos negociais, bem como ausência de limitação de responsabilidade. Como se vê, ainda que houvesse reconhecimento externo da sociedade, com plena eficácia perante terceiros como ente autônomo, os sócios, por outro lado, passaram a ser responsáveis ilimitadamente pelos atos negociais. Quem dispunha do patrimônio comum, no exercício da empresa, eram, presumidamente, todos os sócios, de modo que se aproveitando diretamente dos resultados deixavam de ser meros titulares de direito de crédito em face do

gestor. Em verdade, é a responsabilidade solidária que permite deduzir o reconhecimento externo desse tipo societário, visto que do contrário remanesceriam, da mesma forma que a *societas romana*, irresponsáveis os sócios não atuantes na gestão do negócio. Logo, natural que fosse ilimitada a responsabilidade, dada a já anterior relação estabelecida em Roma entre o patrimônio social e os proveitos da empresa.

Há, no período da Baixa Idade Média, o ressurgimento do comércio e o aparecimento do direito medieval europeu, bem como de novos tipos societários.

Surgem, nesse contexto, assim, as primeiras companhias medievais, as quais sofreram influência do espírito fraterno das sociedades parentais da Alta Idade Média. Os componentes da sociedade não eram mais apenas do grupo familiar, mas sim se incluíam terceiros. Havia, nessa forma societária, responsabilidade solidária e ilimitada de todos os membros da família e também dos sócios estranhos a ela, em nítida derivação da *fraternae societatis*. Nesse sentido é a lição de Walfredo Jorge Warde Júnior:

Na verdade, a responsabilidade ilimitada dos sócios das companhias medievais decorre do mesmo princípio que determina entre as sociedades parentais, i.e., da natureza real dos direitos de todos os sócios sobre o patrimônio social e os resultados decorrentes do exercício da empresa. O forte laime jurídico, que se aperfeiçoava figurativamente entre os membros da companhia pela partilha do pão, determinava a constituição de patrimônio comum, com o qual todos entretinham uma relação de domínio, que alcançava também os frutos da atividade empresarial. Dessa forma, o exemplo das companhias medievais confirma a regra na determinação da irresponsabilidade dos sócios não dedicados à gestão da *societas romana*, visto que eram meros credores do gestor, sem quaisquer direitos reais sobre os resultados da empresa, equiparando-se, por isso, aos demais credores da sociedade (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 69).

Em linha evolutiva, nas cidades litorâneas da Itália, como decorrência do fomentado comércio marítimo, surge o contrato de *comenda*, que mais tarde ensejará as sociedades em comandita, na qual o sócio capitalista (comanditário) e o comanditado almejavam explorar o resultado de viagens marítimas da época. Em síntese, o dono do navio, comanditado, que muitas vezes era o capitão da embarcação, necessitando financiamento para exercer a sua atividade mercantil, socorria-se ao comanditário, que aportava recursos no negócio. Este, a seu turno, fazia a alocação de recursos de forma sigilosa, seja porque era um nobre sem permissão para prátic-

ca do comércio (o comércio, naquela época, era algo não digno aos nobres e políticos, que se limitavam a gerenciar terras e herança), seja porque o empréstimo a juros era algo pecaminoso perante a Igreja Católica (o dinheiro não poderia se valorizar no tempo, já que, como sabido, segundo o dogma canônico, o “Tempo somente a Deus pertence”). Logo, como forma de investimento sigiloso, alocava recursos na empreitada marítima. O comerciante investidor, contudo, tinha interesse nessa forma de negócio desde que fosse limitada a sua responsabilidade, de modo, então, que transferia o seu direito real sobre as entradas de capital ao comanditado e recebia deste, em contraprestação, direito de crédito correspondente ao valor do aporte, acrescido de juros. Tornava-se devida a sua equiparação aos demais credores da sociedade perante terceiros, limitadamente responsável pela perda de seu investimento. Vê-se, assim, que a autonomia privada dos comerciantes permitiu uma alteração na forma de limitação de responsabilidade dos sócios; por quanto diferente das companhias, a sociedade em comandita apresentava, agora, sócios com diferente nível de responsabilidade. E essa limitação, inovadora, tem origem, assim, em síntese, em dois aspectos: limitação pelo risco do negócio da época e limitação como burla à proibição das regras canônicas ao uso do dinheiro no tempo (*usura*). Os titulares de direitos de crédito sobre os resultados da empresa, os comanditários, e outros eram proprietários dos resultados e do patrimônio dedicado à atividade, pagando estes aqueles juros pelo capital emprestado, caso exitosa a atividade. Sendo o comanditário simples credor da sociedade, seria injustificado que respondesse, para além da não satisfação dos seus direitos de crédito e do perdimento das entradas fundantes de tais direitos, também com o seu patrimônio pessoal (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 81). Mais uma vez, portanto, reforça-se a alegação de que a regra imposta pela *societas romana* orienta a regra de limitação de responsabilidade dos sócios.

A respeito desse momento histórico e da importância do instituto, importa colacionar novamente a lição de Warde Júnior (2007, p. 77):

O comanditário foi, primeiro, fornecedor de capitais, credor do comerciante, para se tornar, depois, seu sócio, sem que se modificasse essencialmente a natureza creditória de seu direito em relação aos resultados da empresa. E mesmo quando já havia sociedade, era sociedade entre o emprestador do capital ou o fornecedor de mercadorias e o terceiro, comerciante, sem existência anterior. Tratava-se, explica Waldemar Ferreira, do que, no direito medieval, chamou-se sociedade anônima, e hoje se qualifica como sociedade em conta de

participação. Não era, ainda, sociedade em comandita. Passou a sê-lo, ensina Ferreira, depois que foi fixada a responsabilidade pessoal de todos os seus componentes para com terceiros, e limitada a dos comanditários ao valor de suas entradas, em razão de sua condição de credor dos resultados da sociedade.

Outra não é a lição de Requião (2003, p. 356):

O processo de limitação de responsabilidade, que hoje domina o campo do direito comercial, formou-se lentamente na Idade Média. É de notar-se que o princípio ou preocupação de ocultação dos sócios parece não ter surgido somente do propósito de restrição e limitação da responsabilidade, mas como decorrência também da prática dos que, impedidos de comerciar, acobertavam-se mediante a organização de sociedade com outrem. Esse ardil, como acentua o Prof. Huvelin, havia sido notado em Roma, onde a nobreza, os senadores e altos magistrados procuravam enriquecer não só em seus cargos e latifúndios, como ainda 'participando indiretamente nas atividades comerciais, seja como membros de sociedades mercantis, seja por meio de propostas responsáveis, comumente libertos'. A sociedade com ocultação de sócio, entretanto, que deu margem ao aperfeiçoamento do qual resultou a comandita simples, tomou incremento e definiu-se na Idade Média, após o século XI. Alguns autores atribuem, na verdade, a formação desses tipos de sociedade ao deliberado propósito de burlar aquelas regras éticas e canônicas, proibitivas do comércio a determinada classe de cidadão.

Vê-se, assim, que o direito comercial foi demonstrando, no decorrer de sua história, que o surgimento dos tipos societários implicava, inexoravelmente, análise acerca dos limites de imputação de responsabilidade aos sócios. O surgimento das companhias por ações, como consequência desse processo, não foi diferente.

Muitos autores atribuem à Companhia das Índias Ocidentais a titularidade de ser a primeira organização societária mais próxima das modernas sociedades por ações. Essa companhia apresentou, como inovação, uma estrutura complexa, com órgãos e deliberações assembleares até então não vistos, tendo os acionistas como irresponsáveis perante terceiros, por serem considerados espécies de credores da empresa. Porém a inovação ocorre no que diz respeito ao sócio administrador, que, por não ser mais considerado proprietário da riqueza social, mas mero mandatário dos demais sócios, passa a ter responsabilidade limitada por atos negociais. Havia, nesse contexto, portanto, sociedade personificada e ausência de limitação de responsabilidade.

de, tanto de sócio quanto de administrador. Conforme lição de Warde Júnior (2007, p. 89):

Os acionistas eram irresponsáveis perante terceiros por serem considerados espécie de credores da empresa. Os administradores, todavia, deixaram de ser ilimitadamente responsáveis quando perderam a condição de patrões e passaram a ser mandatários dos acionistas, devido ao tratamento que lhes foi conferido a partir da Companhia das Índias Ocidentais.¹

A esse respeito importa colacionar também a lição de Assis Neto (2007, p. 108):

A limitação da responsabilidade de todos os sócios, relativamente às obrigações da sociedade, embora esboçada no século XV, com o Banco de São Jorge, veio a consolidar-se em momento ulterior, com o aparecimento das grandes companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII, especialmente constituídas para a exploração do comércio marítimo e, mais tarde, para as conquistas da navegação (verdadeiras sociedades de economia mista, formadas pela aglutinação de recursos públicos com os coletados do povo), que deram origem às atuais companhias ou sociedades anônimas.

Nas sociedades por ações, portanto, afirmar-se a ideia de que todos os membros são privados de uma posição dominial sobre o patrimônio. Não há mais distinção entre sócios donos do patrimônio e sócios financiadores. Há apenas uma pluralidade (muitas vezes anônima) de interessados, uma pulverização dos direitos sobre os resultados que torna todos externamente responsáveis apenas no limite das suas entradas. A limitação de responsabilidade dos acionistas decorre, assim como a dos comanditários, da aplicação de um princípio equitativo e pré-jurídico que se funda na natureza meramente creditória dos direitos aos resultados da empresa. Essa que já era, então, a principal causa de limitação de responsabilidade na Idade Média persiste, na modernidade, como seu primeiro fundamento (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 97).

Vê-se, assim, nesse breve histórico, que a evolução societária foi uma constante no direito mercantil, não ficando à margem disso a forma de responsabilização dos sócios e administradores. No início, a sociedade não era reconhecida como ente externo e,

¹ Importante destacar, ainda, a referência histórica feita pelo referido autor ao Banco de São Jorge – Il monte o la società delle compere e de banchi di S. Giorgio –, fundado em 1407 e que assegurou, igualmente, irresponsabilidade aos sócios investidores e administradores perante terceiros.

portanto, não possuía eficácia perante terceiros. Quem contratava assumia, em síntese, a responsabilidade pelo negócio de forma ilimitada, sendo gestor do negócio. Os demais sócios, nessa linha, eram meros credores daquele, na medida em que simplesmente aportavam entradas de capital. Havia, nos primórdios, limitação de responsabilidade, sem que sequer se cogitasse, na época, de personalidade jurídica societária. Posteriormente, a sociedade passa a ser reconhecida por terceiros e os seus sócios passam a responder pelo negócio ilimitadamente. Já não havendo mais confusão entre sociedade e sócio, ao final, chega-se em período histórico no qual assume ela a titularidade dos negócios celebrados, com rigoroso sistema de limitação de responsabilidade e preservação dos sócios.

Dito isso, verifica-se, portanto, que a limitação de responsabilidade dos sócios jamais teve como pressuposto, nos modelos societários do passado, bem como nos modelos atuais, a existência de personalidade jurídica da sociedade de que compunham. Deveria ela, como visto, da natureza creditória dos direitos dos sócios sobre os resultados da empresa. A limitação de responsabilidade teve (e tem) causas outras que não a personificação de formas societárias.

Em prosseguimento, o conceito de pessoa jurídica não serviu, à semelhança da noção de personalidade jurídica, como método de limitação de responsabilidade. Teve ele, em síntese, a despeito das inúmeras teorias que lhe emprestaram conceito e definição, o mérito de: a) atribuir direitos e deveres a entes diversos dos humanos (*Pufendorf*); b) solucionar o problema técnico do negócio celebrado entre sócios e sociedade, para se atribuir àqueles direito de crédito sobre as participações societárias e a esta titularidade da atividade e da entrada de capitais (*Savigny*, que assim criou um sujeito de direitos); e c) justificar a importância de corpos econômicos, distintos dos homens, com capacidade jurídica própria (*Gierke*) (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 102-103; 106-107; 111)².

Aliás, tão desimportante foi o conceito de pessoa jurídica para a definição de limitação de responsabilidade que esta surgiu, no direito inglês, para as *corporations*, no fim do século XVIII, por intermédio da concessão de *charters* pela coroa inglesa, o que determinava a limitação de responsabilidade (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 192).

No direito norte-americano a situação não foi diversa, principalmente após a guerra civil, quando por ordem legislativa os Es-

² Outras teorias são abordadas pelo autor, para o que remetemos a leitura, não sendo possível reproduzi-las ante os limites deste artigo.

tados permitiram a difusão de *charters* e a constituição simplificada de *corporations*, o que se consolidou em meados do século XIX, no caso *Wood vs. Dummer* (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 194). Na época, na qual se vivia o latente período da Revolução Industrial, houve incremento da indústria acompanhado do pedido de limitação de responsabilidade, em oposição às leis trabalhistas e protecionistas já em vigor.

Assim, verifica-se que a limitação de responsabilidade surge, no período de revolução industrial, como resposta à solicitação empresarial, e não como consequência necessária ao conceito de pessoa jurídica personificada. Nas palavras de Warde Júnior (2007, p. 194), “prevalece, portanto – entre importantes autores americanos –, a opinião que confirma nossa ideia de que a responsabilidade limitada não tem causa na personificação”.

E segue o autor:

Decorreram então do entendimento impreciso das causas da limitação de responsabilidade as técnicas que – como recebidas do direito anglo-americano – foram empregadas na eventual supressão. Por se crer que a limitação de responsabilidade decorria da personalidade jurídica, o desejo de imputar responsabilidade aos sócios passou, obrigatoriamente, pela despersonalização (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 202).

Por fim, importa destacar que no sistema jurídico nacional, como cediço, a personalidade jurídica se inicia com o seu registro no órgão competente, na dicção dos arts. 45, 968, 997 e 998 do Código Civil. Contudo, como já dito alhures, tal ato não é fator constitutivo da limitação de responsabilidade dos sócios, embora a dogmática, em sentido clássico, sustente o inverso.

2 Imputação de responsabilidade aos sócios

2.1 Casuística no direito comparado

A doutrina, de forma bastante ampla, atribui ao caso *Salomon vs. Salomon & Co. LTDA* o precedente de desconsideração de personalidade jurídica no direito inglês, em 1987. Com efeito, naquele ocasião, em síntese, a *Salomon Co. LTDA*, constituída pelo comerciante Aaron Salomon e mais seis membros de sua família, cedeu a este, em troca do fundo de comércio, 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros foi distribuída apenas uma ação. Aaron Salomon ainda recebeu 10 mil libras esterlinas pela integralização do aporte efetuado, e após inadimplência da sociedade verificou-se que os

seus bens eram insuficientes para pagamento dos credores, de modo que havia fraude na constituição do fundo do comércio, que ainda era de Aaron Salomon, sendo ele responsabilizado pelo pagamento dos credores. Tal decisão, contudo, foi reformada pela Corte, que entendeu válida a operação societária. Logo, paradoxalmente, o precedente do direito inglês reconhecido como hipótese de desconsideração não foi, ao final, reconhecido na prática pela Casa dos *Lords*.

No direito norte-americano, o poder de controle societário sempre atribuiu aos respectivos sócios responsabilidade quando houvesse apropriação dos meios de produção, prática de atos ilícitos ou confusão patrimonial. O controle, por si só, não implica responsabilidade, mas o uso abusivo representou as primeiras hipóteses de desconsideração no direito norte-americano, no final do século XIX.³

Outra hipótese consagrada no direito comparado, especialmente no direito norte-americano, é a chamada subcapitalização, na qual, em síntese, o capital social constituído é insuficiente para a atividade econômica específica da sociedade.⁴

No direito alemão, as primeiras manifestações acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ganharam força em meados do século passado, iniciando-se os estudos pelos prece- dentes do Supremo Tribunal alemão. Lá, à semelhança do que su- cedera nos Estados Unidos, a subcapitalização foi fator de atribui- ção da responsabilidade aos sócios, com base no princípio da boa- fé (§ 242 *BGB*) – com a particularidade de que na Alemanha os precedentes tinham origem em sociedades unipessoais.

³ A respeito do poder de controle, é importante referir Berle e Means (1984, p. 85), os quais aduziram: “Até aqui falamos em termos familiares sobre a sociedade anônima, seu tamanho, a propriedade de suas ações. Embora tenhamos descrito uma nova forma de organização econômica, nossa descrição foi feita com elementos bem conhecidos. Mas o divórcio entre contro- le e propriedade não é uma idéia familiar. O controle é um produto caracte- rístico do sistema de sociedade anônima. Como a soberania, seu equivalente no campo político, é um conceito fugidio, pois raramente se consegue isolar ou definir o poder com clareza. Como a direção de uma sociedade anônima é exercida por um conselho de diretores, podemos dizer, para simplificar, que o controle está nas mãos do indivíduo ou grupo que tem o poder efetivo de selecionar o conselho de diretores (ou sua maioria), seja mobilizando o direito legal de escolhê-los – “controlando” a maioria de votos de forma direta ou através de algum mecanismo legal –, seja exercendo pressão que influencie sua escolha”.

⁴ *Leading case Walkovszky vs. Carlton, in Warde Júnior (2007, p. 211).*

2.2 Apropriação e organização dos meios de produção da sociedade em nome coletivo

Na hipótese de o sócio apropriar-se dos meios de produção da sociedade, a imputação de responsabilidade lhe é imposta pela condição de empresário.

Com efeito, em se tratando de sociedade em nome coletivo, por força do art. 997, III, CC, as entradas de capital injetadas pelos sócios não são transferidas para a formação do capital social, inhibindo-os de gerir tal acervo. O que ocorre, de fato, é que sócios e sociedade agem em conjunto para organizar os meios de produção necessários ao exercício da empresa. O tipo societário permite afirmar que a gestão conjunta do patrimônio é dos sócios, de modo que agem, nesse contexto, como se donos fossem. Não há falar-se que, por administrar os fatores de produção, os sócios são responsáveis. O que há, nesse contexto, é que tanto a administração quanto a responsabilidade são decorrências do elemento propriedade, ou seja, da relação dominial que se estabelece entre sócios e os bens dedicados à empresa e os resultados dela decorrentes. Ao organizarem a empresa, como se donos fossem, todos os sócios passam a ser responsáveis pela prática empresarial. Esse mesmo contexto já havia sucedido com as *fraternae societatis* e as primeiras companhias medievais, tal como referido anteriormente.

A respeito disso importa coletar a elucidativa lição de Warde Júnior (2007, p. 265):

Não se trata de negar que as sociedades em nome coletivo sejam titulares de um capital que, no caso brasileiro, tem, por força da norma do art. 997, III, do Código Civil, constituição obrigatória. Nesse caso, todavia, as entradas de capital (meios essências de produção) não são alienadas, para a formação do capital, sem que delas os sócios retenham um poder residual de disposição. Em verdade, os sócios remanescem agindo como donos do patrimônio, pela determinação conjunta de seu uso empresarial. A personificação da sociedade é, dessa forma, determinante apenas para que integre o conjunto de coempresários. Sócio e sociedade organizam – em mão comum – os meios de produção necessários ao exercício da empresa. Apropriam-se conjuntamente dos fatores de produção. Disso decorre a responsabilidade solidária e ilimitada a que se refere o artigo 1.039 do Código Civil.

É importante destacar que a apropriação dos meios de produção na sociedade em nome coletivo tem matriz diversa da apropriação dos meios de produção na limitada ou por ações. Embora em ambos os casos a apropriação dos meios de produção atribua limi-

tação de responsabilidade aos sócios, no primeiro caso aquilo é algo natural ao modelo societário, enquanto no segundo caso há deturpação do modelo societário. Haverá, no caso de limitada e S.A., assunção do controle empresarial da sociedade ao sócio que se apropria dos meios de produção. A responsabilidade, como visto, é imputada pela aquisição e exercício do poder de dispor, como se dono fosse, dos meios de produção. As sociedades de capital não compartilham com os seus sócios os meios de produção, já quando integralizado o capital os sócios renunciam a quaisquer poderes de disposição das entradas e demais meios de produção, cuja organização é direito exclusivo da sociedade. Assim agindo serão irresponsáveis, pois não são empresários, são sócios. Empresária é a sociedade. Quando, contudo, apropriam-se de meios de produção, passam, em razão da consequente aquisição do controle empresarial, a agir como sócios de sociedades de pessoas. Serão assim empresários, não mais meros credores da sociedade pelas entradas de capital anteriormente injetadas, o que será determinante para lhes ser imputada a responsabilidade ilimitada.

2.3 Juízo político legal e jurisprudencial para se imputar responsabilidade aos sócios de sociedade de capital

Atualmente, conforme se extrai da sistemática legal empregada pelo legislador nacional, cremos, com apoio em Warde Júnior, que se vive um período de crise de limitação. Primeiro, porque equivocadamente atribui-se à personalidade jurídica o pressuposto da limitação, o que, como dito, não é verdade. Em segundo lugar, o que se vê é um alargamento legal e jurisprudencial acerca das hipóteses de imputação de responsabilidade.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou *disregard of legal entity*, surge, segundo doutrina comercialista, como forma de, diante de determinada situação jurídica, desconsiderar-se os efeitos da personificação social para se atingir a responsabilidade patrimonial pessoal dos sócios. Ela surge, assim, como instrumento destinado a suprimir o fenômeno da limitação da responsabilidade dos sócios.

Como referiu Requião (2003, p. 378, grifo do autor), “não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar *nula* a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos”⁵.

⁵ No Brasil, atribui-se como marco específico do estudo da teoria o artigo de Rubens Requião, publicado ao final da década de 60, que traduziu monografia de Rolf Serick, sob o título “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica”.

No Brasil, a regulação da responsabilidade dos sócios por dívidas sociais já remonta ao início do século passado, embora ainda não se estivesse, naquela época, tecnicamente, a se falar em desconsideração de personalidade. Assim, já se previa, no Decreto nº 3.708/19, que regulamentava a constituição das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, a responsabilidade dos sócios por dívidas sociais em caso de excesso de *mandato ou atos contrários ao contrato social ou à lei*.⁶

Posteriormente, por intermédio da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 01/05/1943), previu-se, no âmbito do Direito do Trabalho, a responsabilização, como empregador, de sociedade que, embora possuísse personalidade jurídica distinta, integrasse o *mesmo grupo econômico da sociedade empregadora*.⁷ Aqui, é importante destacar os precedentes jurisprudenciais em que, independentemente das causas, verificada a inadimplência da sociedade ou insuficiência de patrimônio a satisfazer o crédito trabalhista, há imputação de responsabilidade aos sócios.⁸

De grande relevância, também, foi a edição do Código Tributário Nacional (CTN, Lei nº 5.172, de 25/10/1966), ao prever a responsabilização pessoal dos sócios por dívidas tributárias quando agissem com *excesso de poder ou infração legal ou contratual/estatutária*.⁹ Neste ponto, cabe referir que, corretamente, entende o STJ que o simples inadimplemento não configura desconsideração da personalidade societária e consequente responsabilização dos sócios.¹⁰

⁶ "Art. 10 Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei."

⁷ "Art. 2 Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º [...] § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas."

⁸ TST, Recurso de Revista nº 572516; Recurso Ordinário nº 545348.

⁹ "Art. 135 São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - [...]; II - [...]; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

¹⁰ Embargos de Divergência no REsp. 260.107/RS.

Entretanto, foi somente em momento posterior a 1988, sob a égide da nova ordem constitucional, sob influência do princípio da função social da propriedade, que se impulsionou a incipiente despatrimonialização do direito civil e, assim, previu-se expressamente a desconsideração da personalidade jurídica, conforme Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990), art. 28, § 5º.¹¹

Acompanhando a positivação da teoria, o art. 18 da Lei Antitruste (Lei 8.884/94¹²) fez também menção à teoria da desconsideração, seguindo-se a Lei de Proteção ao Meio Ambiente, art. 4 (Lei 9.605/98¹³).

No ponto, é importante salientar que a lei consumerista e a lei ambiental inauguraram, no direito brasileiro, aquilo que a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho veio a denominar “teoria menor”, segundo a qual a imputação de responsabilidade jurídica aos sócios decorre de simples inadimplemento de obrigação legal da sociedade, não importando a ocorrência de ato fraudulento ou de má-fé por parte dos sócios.¹⁴

Por fim, foi editado o Código Civil de 2003, que no seu art. 50 trouxe novos contornos à imputação de responsabilidade, atribuindo responsabilidade aos sócios e aos administradores da pessoa jurídica.¹⁵

¹¹ “Art. 28 O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao resarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

¹² “Art. 18 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

¹³ “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao resarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

¹⁴ “Há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial” (COELHO, 2004, p. 35).

¹⁵ “Art. 50 Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a

Vê-se, assim, que inúmeros diplomas legais inseriam, em seu bojo, sob a rubrica desconsideração de personalidade jurídica, a possibilidade de imputação de responsabilidade aos sócios. A tendência legislativa, ao que parece, é acentuar a imputação de responsabilidade independentemente da ocorrência de fraude ou abuso da atividade empresária, ante um juízo político de distribuição dos prejuízos (custos) do mercado. Como referido, os tribunais têm proferido decisões com fundamentos ético-econômicos de que, em síntese, o crédito do trabalhador ou consumidor, ou então a reparação financeira por dano ambiental, por exemplo, é *mais importante* que a limitação de responsabilidade dos sócios. Ainda, hipóteses como suposta confusão patrimonial são frequentemente utilizadas como critério para imputação de responsabilidade, sem que se proceda, com cautela, a análise jurídica acerca da natureza da sociedade e da existência de patrimônios distintos ou não.

Conclusão

Dante do que foi posto, conclui-se que a limitação de responsabilidade dos sócios é decorrência da posição assumida frente à sociedade, com a transferência dos direitos patrimoniais quando da integralização dos meios de produção, assumindo a posição de credores da sociedade, juntamente com terceiros, e não sendo responsáveis, assim, pelos resultados da atividade.

Em contrapartida, na sociedade em nome coletivo, a ausência de limitação de responsabilidade é decorrência da gestão comum entre os sócios e o próprio ente coletivo. Como visto, nesse caso, o sócio age como se dono fosse e, consequentemente, responde pelos atos praticados pela sociedade.

De qualquer sorte, a limitação de responsabilidade não passa, necessariamente, pela personificação da sociedade. A história comprovou tal afirmação, conforme se pode ver, por exemplo, com a *societas* romana. Por outro lado, a ausência de limitação de responsabilidade não pressupõe ausência de personificação, porquanto a sociedade em nome coletivo, por exemplo, possui personificação e, como referido, ilimitação de responsabilidade de seus sócios.

Ademais, conforme se percebe das normas postas no direito nacional, bem como das decisões jurisprudenciais, houve um claro objetivo de admitir como ineficientes economicamente as limitações de responsabilidade, atribuindo-se aos sócios responsabilida-

requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

de por fato da sociedade, sem que sequer se cogite prévia despatrimonialização do ente coletivo.

Assim, com o presente artigo, propôs-se, de forma absolutamente enxuta, dados os limites objetivos do trabalho, uma reflexão acerca de postulados consagrados na doutrina, de modo a se questionar a validade da afirmação de que a desconsideração da personalidade jurídica pressupunha personalidade social e somente através dela haveria imputação de responsabilidade aos sócios originalmente irresponsáveis.

Referências

- ASSIS NETO, Alfredo Gonçalves. **Direito de Empresa**. São Paulo: RT, 2007.
- BERLE, Adolf, A.; MEANS, Gardiner C. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Direito na História**. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **A Responsabilidade dos Sócios**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

Recursos prematuros nos Tribunais Superiores

José Linhares Prado Neto

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Pós-graduado em Direito Processual Civil pela
Universidade Anhanguera – Uniderp
Pós-graduado em Direito Público pela
Faculdade Fortium*

RESUMO

O ensaio sistematiza, compara e analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema “recurso prematuro”. Muito embora apoiado nas insurgências doutrinárias, é o próprio conflito jurisprudencial a fonte dos fundamentos para demonstrar a extemporaneidade do recurso interposto antes da publicação do acórdão no órgão oficial ou quando ainda pendente julgamento de embargos de declaração.

Palavras-chave: Recursos prematuros. Ratificação. Tempes-tividade. Prestação jurisdicional.

ABSTRACT

The essay systemizes, compares and analyses the jurisprudence of Federal Supreme Court, Superior Court of Justice and Superior Court of Labor on the topic “premature appeal”. Although supported in doctrine, the work takes its foundation from conflicting decisions of Supremes Courts to show the viability of ruling an appeal processed before publication of the decision in the official press or when there is a pending decision about a motion to clarify, without the necessity of renewing the appeal.

Keywords: Premature appeal. Ratification. Seasonable. Jurisdictional service.

Introdução

O advento da Constituição Federal de 1988 representou um marco emblemático do fim do período de exceção pelo qual o Estado brasileiro passou de março de 1964 até janeiro de 1985. Dentro as inúmeras inovações promovidas pela nova Carta, ganhou especial relevo a garantia inserida no artigo 5º, inciso XXXV, da

CF/88, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A inovação garantiu aos cidadãos o amplo acesso ao Poder Judiciário para postular a prestação jurisdicional preventiva ou reparatória quanto a um direito, consagrando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como princípio do direito de ação, definido por Nery Júnior (2009, p. 175) como "[...] um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação".

Decorridos 26 anos desde a promulgação da novel Carta Política, constata-se que o Estado-Juiz, não raramente, se furta ao dever de ofertar a devida prestação jurisdicional por meio da invocação dos obstáculos que formam a jurisprudência defensiva¹, voltados para a exacerbção da forma em detrimento do direito material.

O decreto de extemporaneidade do recurso prematuro, quando (1) interposto antes da publicação do acórdão no órgão oficial, sem posterior ratificação, ou (2) interposto quando ainda pendente julgamento de embargos de declaração, sem ratificação do apelo depois da publicação do acórdão integrativo, é um dos controvértidos óbices processuais que reclamam melhor reflexão.

A intempestividade do apelo na primeira modalidade – prematuridade porque interposto antes da publicação do acórdão no órgão oficial, sem posterior ratificação – corresponde ao entendimento predominante nos tribunais superiores, salvo isoladas decisões no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF).

Quanto à segunda modalidade – o recurso interposto quando ainda pendente julgamento de embargos de declaração, sem ratifi-

¹ A expressão foi citada pelo então Ministro Presidente do STJ, Humberto Gomes de Barros, em seu discurso de posse: "Preso ao infernal dilema, vê-se na iminência de fazer uma de duas opções: a) consolidar-se como líder e fiador da segurança jurídica, ou b) transformar-se em reles terceira instância, com a única serventia de alongar o curso dos processos e dificultar ainda mais a prestação jurisdicional. Intoxicado pelos vícios do processualismo e fragilizado pela ineficácia de suas decisões, o Tribunal mergulha em direção a essa última hipótese.

Para fugir a tão aviltante destino, o STJ adotou a denominada 'jurisprudência defensiva' consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e conhecimento de recursos que lhe são dirigidos".

A íntegra desse discurso está disponível na Biblioteca Digital Jurídica do STJ (BDJUR): <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16933/Discurso_Posse;jsessionid=ED0F604A8FF3F74527A9FA5F52AE230B?sequence=1>. Acesso em: 28 out. 2010, p. 23-24.

cação do apelo depois da publicação do acórdão integrativo –, somente o Tribunal Superior do Trabalho (TST) considera tempestiva.

A propósito, em recente acórdão, publicado no DEJT de 7 de março de 2014, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SbDI 1) avançou inclusive para reconhecer a tempestividade de recurso de revista interposto, quando ainda pendente julgamento de embargos de declaração da própria parte recorrente.

O notório conflito de interpretação da mesma questão pelos tribunais é um forte indício da presença de um excesso de formalismo. São antagonismos pouco compreensíveis frente aos modernos e judiciosos princípios processuais que prestigiam a celeridade processual, instrumentalidade, aproveitamento dos atos processuais.

Afora o demasiado apego ao rigor processual, a adoção de entraves processuais como medida de controle do crescimento do acervo de processos é outra inquestionável causa para a existência de entendimentos conflitantes entre os tribunais na análise da tempestividade dos recursos prematuros.

O presente ensaio objetiva sistematizar a jurisprudência das Cortes Superiores sobre esse tema, delinear a visão de cada tribunal e indicar, à luz dos princípios gerais do direito e das normas legais vigentes, a viabilidade de avanços a respeito da matéria.

1 Marco inicial do prazo recursal – teoria da ciência inequívoca

A admissibilidade dos recursos depende do preenchimento de uma série de pressupostos previstos em lei e na jurisprudência dos tribunais para conhecimento do apelo.² A tempestividade insere-se entre os pressupostos objetivos ou extrínsecos, que se não observados impedem o exame de mérito pelo órgão *ad quem*.

A normatização do Código de Processo Civil brasileiro (CPC) sobre a contagem dos prazos, prevista nos artigos 240³,

² Leite (2005, p. 511-512) expõe que os pressupostos genéricos são divididos em subjetivos (ou intrínsecos) ou objetivos (ou extrínsecos). Os subjetivos são a legitimidade, a capacidade e o interesse; os requisitos objetivos são o cabimento, a tempestividade, o preparo, a regularidade formal e a contrariedade da sentença com relação à jurisprudência consolidada nas Súmulas do STJ ou do STF ou, ainda, a inexistência de Súmula de tais Tribunais sobre a matéria decidida. São específicos o prequestionamento, a delimitação de matéria, a existência de divergência jurisprudencial etc.

³ “Art. 240. Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação. Parágrafo único. As intimações consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não tenha havido expediente forense.”

241⁴, 242⁵ e 506⁶, apesar de detalhar a definição do início (*dies a quo*) e do fim (*dies ad quem*) dos prazos processuais, não consegue abranger determinados fatos, não dá a solução para alguns impasses, a exemplo do que ocorre com a intempestividade do recurso prematuro e a contagem do prazo quando há litisconsortes com advogados diferentes.⁷

Para preencher uma dessas lacunas processuais, os tribunais sedimentaram o entendimento de que a noção de publicação não se restringe apenas a publicação nos órgãos da imprensa oficial, como observado no pronunciamento da Primeira Turma do STJ⁸ a respeito do alcance do artigo 241 do CPC:

2. "A regra geral do artigo 241 do CPC não exclui, mas ao revés, convive, com outras hipóteses especiais em que se considera efetivada a intimação. Nesse sentido, enquadra-se a teoria de 'ciência inequívoca'. Assim, inicia-se o prazo da ciência inequívoca que o advogado tenha do ato, decisão ou sentença, como, v.g., a retirada

⁴ "Art. 241. Começa a correr o prazo: I - quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento; II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido; III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido; IV - quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória, da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida; V - quando a citação for por edital, finda a dilação assinada pelo juiz."

⁵ "Art. 242. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão. § 1º Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença; § 2º Havendo antecipação da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação."

⁶ "Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: I - da leitura da sentença em audiência; II - da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência; III - da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial. Parágrafo único. No prazo para a interposição do recurso, a petição será protocolada em cartório ou segundo a norma de organização judiciária, ressalvado o disposto no § 2º do art. 525 desta Lei."

⁷ Freddie Didier cita, entre outros, quatro exemplos de questões polêmicas: intempestividade do recurso prematuro, contagem do prazo quando há litisconsortes com advogados diferentes, Enunciado 256 do STJ e o "protocolo integrado" (essa polêmica foi superada com o cancelamento da súmula em maio de 2008) e recurso interposto via fac-símile (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2008, p.55-58).

⁸ STJ. 1ª Turma, REsp 1055100AgRg/DF, Relator Min. Luiz Fux, j. 17.03.2009 - DJe 27.03.2009.

dos autos do cartório, o pedido de restituição do prazo, etc". (FUX, Luiz; Curso de Direito Processual Civil, 3^a Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, pág. 358).

Na mesma linha, o STF reconhece cumprida a intimação quando evidenciada a "ciência inequívoca", como assentado no AI 204517 Ag/DF⁹, acórdão da Segunda Turma da Corte Excelsa:

EMENTA: (*omissis*) - A fluência do prazo recursal - que é peremptório e preclusivo (RT 611/155 - RT 698/209) - também tem início com a ciência inequívoca, pela parte, da decisão que lhe é desfavorável. Se a parte ingressa nos autos somente para arguir a irregularidade de sua intimação e, ao assim proceder, demonstra possuir conhecimento pleno e inquestionável do ato decisório que lhe foi contrário, abstendo-se, no entanto, de impugná-lo, mediante recurso adequado, inicia-se, aí, a partir desse momento, o curso do prazo recursal. Jurisprudência.

Não é outra a lição da Corte Trabalhista, expressa no acórdão da SbDI 1 nos autos E-RR 3166200-04.2008.5.09.0029¹⁰:

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA - TEMPESTIVIDADE - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 434, I, DO TST (CONVERSÃO DA OJ 357 DA SBDI-1 DESTA CORTE). 1. A Súmula 434, I, do TST (resultante da conversão da OJ 357 da SBDI-1 do TST) assenta que é extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado. 2. No caso, a Reclamada, embora ausente na audiência de julgamento, se deu por ciente antes de sua intimação no órgão oficial, por quanto houve a juntada da decisão aos autos e a disponibilização do seu inteiro teor no endereço eletrônico do Regional, possibilitando a imediata interposição do recurso ordinário. 3. Ora, na hipótese de recurso interposto contra sentença, o prazo para sua apresentação é contado da intimação, em seu significado genérico, podendo ser feita pela leitura em audiência, pela publicação em órgão oficial, por via postal, por intimação em cartório ou mediante a ciência inequívoca das partes, nos termos dos arts. 852 da CLT, 238, 242, § 1º, c/c o art. 506, I e II, do CPC. 4. Assim, o referido verbete deve ser interpretado restritivamente, aplicando-se somente aos recursos interpostos em face de acórdãos prolatados pelos

⁹ STF, 2^a Turma, AI 204517 Ag/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.11.2006, DJ 02.02.2007.

¹⁰ TST. SbDI 1, E-RR - 3166200-04.2008.5.09.0029, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 20.09.2012, DJET 28.09.2012.

Tribunais Laborais, como induz a sua literalidade, não se aplicando a recurso ordinário interposto em face de decisão de primeira instância. 5. Desse modo, conclui-se que, ao não conhecer do recurso de revista do Reclamante, por não vislumbrar contrariada a OJ 357 da SBDI-1 do TST (atual Súmula 434, I, do TST), em face da sua inespecificidade, a decisão embargada consona com o entendimento predominante nesta Corte Superior. Embargos desprovidos.

As controvérsias e questionamentos somente vêm à tona quando está em discussão os modos como se pode dar a “ciência inequívoca”, alterados sobremaneira com o advento da tecnologia da informação, que possibilita rápida disponibilização e fácil acesso aos andamentos processuais, despachos, sentenças/acórdãos, e até mesmo o acompanhamento de julgamentos em tempo real, sem necessidade da presença da parte na sede do órgão julgador.

Como se pode depreender do comentário de Negrão e Gouvêa (2008, p. 360) ao art. 241 do CPC, é viável admitir novas formas de publicidade das decisões que não impliquem perda da segurança jurídica ou abandono de caros princípios processuais e constitucionais:

Para a aferição da tempestividade do recurso, a noção de publicação a ser considerada não é apenas a de veiculação da decisão nos órgãos da imprensa oficial. Uma vez tornada pública a decisão, por qualquer forma, ela se torna recorrible e tempestivo é o recurso contra ela dirigido nessas circunstâncias, desde que observado o respectivo prazo, contado da ciência inequívoca [...].

2 Objetivo dos prazos processuais

Os prazos processuais essencialmente objetivam fomentar o andamento, desenvolvimento e solução do processo. Evitam a estagnação da demanda judicial, que seria eterna sem a fixação de tempo para a prática dos atos processuais.

Na lição de Leite (2005, p. 267), como o processo é um caminhar adiante que tem seu ponto culminante com a sentença ou satisfação do credor, seria ilógico que os atos processuais não tivessem de observar determinadas regras relativas ao tempo, pois isso desaguaria na perpetuação da lide, colocando em risco a própria segurança da atividade jurisdicional do Estado.

Para obtenção de celeridade na marcha processual e efetividade da prestação jurisdicional, o sistema adota o regime de

preclusão disciplinado no art. 183 do CPC¹¹. Os prazos em geral, sejam legais, judiciais ou convencionais, peremptórios ou dilatórios, devem ser observados pelas partes, sob pena de perda da faculdade de praticar ou abster-se do ato processual, que será decretada sem necessidade de requerimento da parte nem de declaração do juiz.

Dinamarco (2003, p. 19, grifos do autor), que prefere o adjetivo *aceleratório* em contraposição a *dilatório*, oferta o seguinte ensinamento:

[...] sabe-se que em direito processual há *prazos dilatórios*, caracterizados como distâncias mínimas fixadas em lei, não devendo o ato ser praticado antes (p. ex., a audiência no procedimento sumário não pode ser realizada antes de decorridos dez dias da citação – CPC, art. 278) e *prazos aceleratórios*, que são a distância máxima entre dois atos, de modo que o segundo deles deve ocorrer antes que haja decorrido um tempo maior. As regras instituidoras de prazos impõem esperas (ou dilações); as instituidoras de prazos aceleratórios impedem demoras e impõe preclusões, para que o procedimento caminhe avante e chegue aos resultados desejados em um tempo razoável, são sendo lícito às partes retardar indefinidamente seus atos segundo seu próprio desejo ou conveniência.

Resulta incontroverso que o prazo *peremptório*¹² destina-se a dar previsibilidade ao procedimento, evitar o retardamento da decisão final. Na precisa tradução do jurista Machado (2003, p. 64):

Não se trata, porém, de um prazo estabelecido para impedir a prática imediata do ato, mas para impedir sua prática serôdia. Assim, é evidente que não impede a prática imediata do ato, vale dizer, não impede a interposição do recurso antes do seu início.

¹¹ “Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa. § 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. § 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.”

¹² “Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias. Parágrafo único. Em caso de calamidade pública, poderá ser excedido o limite previsto neste artigo para a prorrogação de prazos.”

3 Recurso interposto antes da publicação do acórdão no órgão oficial

3.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, já na década de 70, no julgamento do RE 86.936/CE¹³, assentou um dos primeiros fundamentos invocados para negar conhecimento aos recursos interpostos antes da publicação do acórdão no órgão oficial, sem posterior ratificação do apelo.

O caso não foi propriamente de recurso prematuro. Na espécie, o recorrido requereu o não conhecimento do recurso por intempestividade, ao argumento de que o termo *a quo* para a interposição era a data da publicação da notícia do julgamento, e não a data da publicação no órgão oficial.

A Segunda Turma do STF afastou a preliminar de intempestividade ao fundamento de que seria indispensável aguardar a publicação do acórdão em órgão oficial, lavrado, assinado, com exposição das suas conclusões, para início da contagem do prazo processual, sendo insuficiente a simples notícia do julgamento: “O termo inicial do prazo para recorrer extraordinariamente pressupõe que o acórdão tenha sido lavrado, assinado e publicadas as suas conclusões, não bastando a simples publicação da notícia do julgamento, ainda que em minuciosa súmula do decidido”.

O fundamento desse julgado é comumente invocado pela Suprema Corte para negar conhecimento aos recursos prematuros, como se nota, dentre outros¹⁴, na ementa do acórdão no RE 347837 AgRg/PE¹⁵:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRA-ORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO-CONECIMENTO. O termo inicial do prazo para recorrer extraordinariamente pressupõe que o acórdão tenha sido lavrado, assinado e publicadas as suas conclusões, não bastando a simples publicação da notícia do julgamento, ainda que em minuciosa súmula do decidido. Precedentes. Agravo regimental não provido.

¹³ STF. 2ª Turma, RE 86.936/CE, Rel. Min. Coordeiro Guerra, j. 29.08.1978, DJ 20.10.1978.

¹⁴ STF. Pleno, ADI 2.075-ED/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.02.2001, DJU 27.06.2003; STF. 2ª Turma, AI 449723 AgRg /SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.12.2007, DJE 01.02.2008; STF. 2ª Turma, AI 730073 AgRg/MG, Rel. Ayres Britto, j. 17.08.2010, DJE 17.09.2010.

¹⁵ STF. 2ª Turma, RE 347837/PE, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 03.09.2002, DJ 27.09.2002.

No agravo regimental contra decisão no AI 653882/SP¹⁶, foi ratificada a obrigatoriedade de protocolização dos recursos exclusivamente dentro do prazo estritamente legal, por entender também que a falta de objeto não legitima a prematuridade da interposição de recurso antes de publicado o acórdão:

A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações - impugnação prematura ou oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematuridade da interposição de recurso, por absoluta falta de objeto.

Do mesmo modo, no AI 765493 AgR-ED/PR¹⁷, o Ministro Joaquim Barbosa ratificou a obrigatoriedade de aguardar a publicação formal para começo do termo inicial do prazo recursal:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. O presente recurso de embargos é intempestivo, porquanto interposto prematuramente, antes da publicação do acórdão recorrido no órgão oficial. Prevalece nesta Corte o entendimento de que o prazo para interposição de recurso se inicia com a publicação, no órgão oficial, da decisão recorrida. Embargos de declaração não conhecidos.

Diferente posição é adotada nas insurgências prematuras contra decisões monocráticas. Nesses casos, devido à disponibilização do teor da decisão, o STF reconhece a ocorrência da “ciência inequívoca”, conforme acórdão do Pleno no AgRg no AgRg na Ação Originária nº 1133/DF¹⁸:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DE RELATOR QUE, POR INTEMPESTIVIDADE, NEGOU SEGUIMENTO A OUTRO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO NÃO RATIFICADO OPORTUNAMENTE. Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo

¹⁶ STF. 2ª Turma, AI 653882 AgRg/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j.03.06.2008, DJe 15.08.2008.

¹⁷ STF. 2ª Turma, AI 765493 AgR-ED/PR, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, j.12.04.2011, DJ-e 10.05.2011.

¹⁸ STF. Pleno, AO 1133/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 16.06.2005, DJU 24.03.2006.

para recorrer só começa a fluir com a publicação do acórdão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que o antecede. Entendimento que não se aplica no caso de decisão monocrática, a cujo inteiro teor as partes têm acesso nos próprios autos, antes da respectiva publicação. Recurso provido para, afastada a intempestividade do primeiro agravo, dar-se-lhe seguimento.

3.1.1 Pseudoevolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O acórdão da 1^a Turma do STF, da lavra do Min. Luiz Fux, proferido no HC 101132 ED¹⁹, processo julgado em 24 de abril de 2012, divulgado no DJe de 21 de maio de 2012, publicado em 22 de maio de 2012, reconheceu a tempestividade de embargos de declaração interpostos mesmo antes da publicação do acórdão. *In verbis*:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO QUE NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE DO PROCESSO. BOA-FÉ EXIGIDA DO ESTADO-JUIZ. DOUTRINA. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. 1. A doutrina moderna ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valoritativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 2. "A forma, se impõsta rigidamente, sem dúvidas conduz ao perigo do arbítrio das leis, nos moldes do velho brocardo dura lex, sed lex" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa. Org. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 76). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal

¹⁹ STF. 1^a Turma, ED HC 101132, Rel. Min. Luiz Fux, j. 24.04.2012, DJe 22.05.2012.

injustificado. 4. O formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade (COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. In: "Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho", nº 16, 2002). 5. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, sob o influxo do instrumentalismo, modificou a sua jurisprudência para permitir a comprovação posterior de tempestividade do Recurso Extraordinário, quando reconhecida a sua extemporaneidade em virtude de feriados locais ou de suspensão de expediente forense no Tribunal a quo (RE nº 626.358-AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julg. 22/03/2012). 6. In casu: (i) os embargos de declaração foram opostos, mediante fac-símile, em 13/06/2011, sendo que o acórdão recorrido somente veio a ser publicado em 01/07/2011; (ii) o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime do art. 12 da Lei nº 6.368/79, em razão do alegado comércio de 2.110 g (dois mil cento e dez gramas) de cocaína; (iii) no acórdão embargado, a Turma reconheceu a legalidade do decreto prisional expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão em face do paciente, para assegurar a aplicação da lei penal, em razão de se tratar de réu evadido do distrito da culpa, e para garantia da ordem pública; (iv) alega o embargante que houve omissão, porquanto não teria sido analisado o excesso de prazo para a instrução processual, assim como contradição, por não ter sido considerado que à época dos fatos não estavam em vigor a Lei nº 11.343/06 e a Lei nº 11.464/07. 7. *O recurso merece conhecimento, na medida em que a parte, diligente, opôs os embargos de declaração mesmo antes da publicação do acórdão, contribuindo para a celeridade processual.* 8. No mérito, os embargos devem ser rejeitados, pois o excesso de prazo não foi alegado na exordial nem apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, além do que a Lei nº 11.343/06 e a Lei nº 11.464/07 em nada interferem no julgamento, visto que a prisão foi decretada com base nos requisitos do art. 312 do CPP identificados concretamente, e não com base na vedação abstrata à liberdade provisória, prevista no art. 44 da Lei de Drogas de 2006. 9. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (Grifos nossos).

Apesar desse precedente, festejado como sinal de um novo rumo, não há indícios de que a jurisprudência do STF tenha evoluído para afastar a intempestividade do recurso prematuro.

Noutro acórdão posterior da 1^a turma do STF, também da lavra do Min. Luiz Fux, processo julgado em 26 de junho de 2012, divulgado no Dje 29 de agosto de 2012, publicado em 30 de agosto de 2012, foi declarado extemporâneo um recurso apresentado antes da publicação do acórdão recorrido, na linha da sedimentada jurisprudência:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRA-ORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. PROFESSOR. CONTRATO TEMPORÁRIO SOB A ÉGIDE DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À ESTABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA NÃO IMPUGNADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 287/STF. RECURSO EXTEMPORÂNEO. INTERPOSIÇÃO ANTES DE PUBLICADA A DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. 1. [...] 2. É extemporâneo o recurso apresentado antes da publicação do acórdão recorrido, revelando-se prematuro e, a fortiori, inadmissível. Precedentes: AI n. 796118-AgR, Plenário, Relator o Ministro Cezar Peluso, Dje de 08.08.2011 e RE n. 461.505-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, Dje de 10.05.2011. 3. [...] 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 665977 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-171 DIVULG 29-08-2012 PUBLIC 30-08-2012)

Por enquanto, não é possível assegurar que a Corte Suprema tenha abandonado a tradicional concepção de que o processo é um fim em si mesmo, malgrado a usual pomposa invocação dos princípios da boa-fé, da celeridade e da economicidade processual em diversos julgados.

De toda sorte, os efeitos de uma eventual evolução do entendimento do STF seriam de extrema valia, na medida em que concretizariam o discurso sobre a importância do aproveitamento ao máximo dos atos processuais regulares, como corolário dos princípios da instrumentalidade das formas (artigos 154²⁰, 244²¹ e 248²² do CPC), do devido processo legal, da celeridade (art. 5º, inc. LIV²³

²⁰ “Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.”

²¹ “Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

²² “Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.”

²³ “Art. 5º [...] Inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

e LXXVIII²⁴ da CF), da economia processual e observância do elemento teleológico das normas que dispõem sobre os prazos processuais.

3.2 A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho segue as lições do Supremo Tribunal Federal. No acórdão proferido no E-ED-RR 54430/2002-900-01-00²⁵, a SbDI 1 objetivamente revela o pensamento do Tribunal:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA. INTEMPESTIVIDADE. HIPÓTESE DE NÃO CONHECIMENTO. RECURSO PREMATURO. É intempestivo recurso interposto antes da publicação do acórdão impugnado. Recurso de Embargos de que não se conhece.

A Corte Trabalhista firmou entendimento de que é intempestivo recurso interposto antes da publicação oficial em decisão proferida pelo Tribunal Pleno do TST, em 04 de maio de 2006, nos autos ED-ROAR-11.607/2002-000-02-00.4, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência.

O acórdão da 8ª Turma do TST²⁶, proferido no julgamento do RR 160700-40.2008.5.06.0013-06, apresenta uma síntese das razões para decretar a intempestividade do recurso prematuro:

- a) a parte precisa conhecer os fundamentos da decisão para apresentar o recurso;
- b) o recurso interposto prematuramente implica descompasso nos prazos em relação à parte contrária na ação, podendo desencadear discussões processuais que poderiam ser evitadas;
- c) depois de conhecer os fundamentos do acórdão, a parte vencida pode ficar convencida e desistir de recorrer;
- d) a publicação no órgão oficial é pressuposto de validade do acórdão.

Por fim, ainda ressalta que o STJ evoluiu o entendimento para aceitar o recurso prematuro apenas porque adota a sistemática de publicar os acórdãos na internet antes da publicação:

²⁴ “Art. 5º [...] Inciso 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.”

²⁵ TST. SbDI 1, E-ED-RR 54430/2002-900-01-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 09.06.2008, DJET 13.06.2008.

²⁶ TST. 8ª Turma, RR 160700-40.2008.5.06.0013-06, Rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 06.10.2010, DJET 08.10.2010.

O fundamento norteador da modificação da jurisprudência naquele Tribunal, segundo o voto-vencedor, contra-se relacionado com o sistema inaugurado naquele Tribunal no ano de 2004, de publicação imediata da decisão, logo após o julgamento, pela via eletrônica. Trata-se, portanto, de uma situação particularizada, não podendo ser analogicamente aplicada aos tribunais que não dispõem desse sistema.

Por força desses fundamentos, a Corte Trabalhista editou o Enunciado da Súmula n. 434, antiga Orientação Jurisprudencial 357 da SbDI 1, divulgada no DEJT de 14 de fevereiro de 2012, para externar no item I: “É extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado”.

SÚMULA 434

RECURSO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. EXTEMPORANEIDADE. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 357 da SBDI-1 e inserção do item II à redação) - Res. 177/2012, DEJT divulgado em 13, 14 e 15.02.2012

I) É extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado. (ex-OJ n 357 da SBDI-1 – inserida em 14.03.2008)

II) A interrupção do prazo recursal em razão da interposição de embargos de declaração pela parte adversa não acarreta qualquer prejuízo àquele que apresentou seu recurso tempestivamente.

3.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça é muito oscilante a respeito da matéria. Como noticia o acórdão do agravo regimental no REsp 858952/RS²⁷, até o julgamento do agravo regimental no EREsp 492.461/MG²⁸, o STJ também acompanhava a jurisprudência do STF:

[...] 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no EREsp 492.461/MG, revendo posicionamento anterior, passou a considerar tempestivo recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida.

A mudança ocorrida a partir do julgamento do EREsp 492.461/MG decorreu dos seguintes fundamentos expostos no voto vencedor da lavra da Ministra Eliana Calmon:

²⁷ STJ. 1ª Turma, REsp 858952AgRg/RS, Relatora Min. Denise Arruda, j. 18.11.2008, DJe 16.12.2008.

²⁸ STJ. Corte Especial. EREsp 492461AgRg/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.11.2004, DJ 23.10.2006.

Este Tribunal é uma Corte de precedentes, cuja função constitucional precípua é a uniformização do direito federal. Entretanto, não se pode aceitar que, em nome da segurança jurídica, fique a jurisprudência defasada da realidade, como ocorre na hipótese em apreciação. Modernamente, com a utilização da INTERNET na divulgação das decisões dos Tribunais e na divulgação de todo o andamento dos processos, possibilitando não só aos advogados da causa, mas a todos os interessados acessarem os julgamentos do STJ, não mais se espera a publicação do Diário de Justiça para recorrer, na medida em que é ele muitíssimo mais lento que a informação eletrônica. O sistema vem sendo implantado e mantido com prioridade pelos tribunais, tendo o STJ, inclusive, inaugurado, neste ano, o sistema de publicação imediata, após o julgamento, por via eletrônica.

A atual fase de publicidade das decisões judiciais não mais se adequa à jurisprudência que, em razão disso, deve ser devidamente atualizada.

Assim, nesta oportunidade em que a Corte Especial vem a apreciar a questão, parece-me de absoluta pertinência que se faça a correção de rumo, a fim de prevalecer a corrente minoritária e que se levanta em torno do entendimento seguinte: as decisões judiciais, sejam monocráticas ou colegiadas, depois de divulgadas oficialmente, por qualquer meio, podem ser alvo de recurso, independentemente de publicação no Diário de Justiça.

Nesse julgado houve superação exatamente do fundamento, regularmente invocado pelo STF e TST, de que a simples notícia não legitima a interposição de recurso. No voto vencido do Ministro Gilson Dipp, esse fundamentado foi usado para tentar manter o antigo entendimento:

A simples notícia do julgamento não legitima a interposição de recurso. A existência jurídica e o conteúdo material do acórdão somente se configuram com a sua publicação, sendo certo que somente a partir desta - ou da ocorrência de ciência inequívoca - é que se pode ter conhecimento do inteiro teor do julgado. Quanto ao tema o Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Supremo Tribunal Federal, já se manifestou anteriormente em que em casos análogos ao presente.

O Ministro Franciulli Netto, ao acompanhar o voto vencedor, deixou claro que o pressuposto para interposição do recurso é a ciência da decisão. *In verbis*:

Sr. Presidente, entendo, na mesma linha do Sr. Ministro Ari Pargendler, que se trata de *contradictio in adjecto* entender que quem recorreu antes do prazo, fê-lo

intempestiva ou extemporaneamente. Foi queimada uma etapa. O pressuposto é que o recorrente tomou ciência da decisão, porque não sei como alguém recorreria sem conhecer o teor da sentença, do acórdão ou da decisão atacada.

O Ministro Luiz Fux, então membro daquela Corte, ao declinar apoio ao voto vencedor, discorreu exatamente sobre o direito de recorrer com a prolação da decisão e sobre a viabilidade de a parte dispor do prazo concedido:

Toda a doutrina clássica assenta que o direito de recorrer nasce com a decisão e, a partir desse momento, o recorrente, lesado pela decisão judicial, pode recorrer, tendo um prazo do qual pode dispor. Seria o mesmo que indagar se o réu tem quinze dias para contestar, poderá fazê-lo no sétimo ou no oitavo dia. Em sendo assim, será considerada a contestação do réu intempestiva?

Para afastar qualquer dúvida, no acórdão dos embargos de declaração interpostos no REsp 1015855/SP²⁹, a 1ª Turma afirma ser tempestivo recurso interposto após a sessão de julgamento, e não depois da divulgação na internet:

2. Não há omissão no decisum no atinente à extemporaneidade do recurso especial. Essa condição de admissibilidade foi observada, mesmo que de forma implícita. Ademais, a *interposição foi feita após a sessão de julgamento do acórdão de apelação* e não houve oposição de embargos de declaração de nenhuma das partes, motivo pelo qual entende-se que a hipótese se amolda ao AgRg nos REsp 492.461/MG, julgados pela Corte Especial, DJ de 23.10.2006, o qual considerou tempestivo recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida. (Grifos nossos).

Ocorre que no julgamento dos embargos de declaração na sentença estrangeira contestada – SEC nº3660, divulgado no DJe de 05 de março de 2010, a Corte Especial do STJ, por unanimidade, retrocedeu, para decretar a intempestividade do apelo prematuro. *In verbis*:

EDcl na SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 3.660 – GB (2008/0218282-4)
RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
EMENTA
PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTER-

²⁹ STJ. 1ª Turma, REsp 1015855 ED/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16.04.2009, DJe 08.05.2009.

POSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. INTEMPESTIVIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS NÃO-CONHECIDOS.

1. É assente na jurisprudência do STF e do STJ que a intempestividade recursal advém não só de manifestação tardia da parte, mas, igualmente, da impugnação prematura.

2. Embargos de declaração não-conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,

acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2010 (Data do Julgamento).

Recentemente, no entanto, no julgamento realizado em 21/11/2013, acórdão divulgado no DJe 28/11/2013, a 5ª Turma do STJ reavivou o entendimento proferido nos embargos de divergência n. 492.461/MG, em obediência aos princípios da instrumentalidade das formas, da igualdade, da boa-fé objetiva, celeridade e lealdade processuais:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REGIMENTAL ANALISADO MONOCRATICAMENTE.

RECONSIDERAÇÃO. LESÃO CORPORAL GRAVE. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM ÓRGÃO OFICIAL.

TEMPESTIVIDADE. QUALIFICADORA DO INCISO I DO § 1º DO ART. 129 DO CP.

EXAME PERICIAL COMPLEMENTAR. PRESCINDIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA AFERIDA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A interposição de agravo regimental torna necessária a remessa do feito para apreciação pelo órgão colegiado. Reconsideração da decisão que analisou monocraticamente o recurso de agravo regimental, com a consequente submissão da matéria ao exame pela Quinta Turma deste Tribunal.

2. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Divergência n. 492.461/MG, mudando entendimento há muito consolidado, passou a considerar

tempestivo o recurso especial interposto antes da publicação oficial, haja vista a nova realidade da publicidade das decisões judiciais em meio eletrônico que possibilitam às partes o conhecimento prévio do acórdão antes mesmo de sua veiculação oficial. Referido entendimento foi novamente modificado pela Corte Especial no julgamento dos EDcl na SEC 3660/GB, entendendo-se como intempestivo o especial interposto antes da publicação do acórdão recorrido no Diário Oficial. Há necessidade de revisão do entendimento sobre a matéria, em obediência aos princípios da instrumentalidade das formas, da igualdade, da boa-fé objetiva, celeridade e lealdade processuais.

3. A função precípua dos atos processuais de comunicação é dar conhecimento da decisão às partes e à sociedade, razão pela qual não se pode exigir que o recorrente, após conhecimento do acórdão, tenha que aguardar, desnecessariamente, sua publicação em órgão oficial para exercer o direito de recurso, sob pena de violação aos princípios da efetiva prestação jurisdicional e da celeridade processual.

4. Atingida a finalidade do ato processual, com a efetiva ciência pela parte interessada do teor e resultado da decisão judicial, não é possível considerar intempestivo o recurso por ela interposto antes da publicação da decisão no órgão oficial.

[...]

7. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 243.849/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 28/11/2013)

3.4 Viabilidade de evolução da jurisprudência dos tribunais

É curioso observar a abstração dos fundamentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho para afirmar a intempestividade do recurso prematuro. Nenhum dos tribunais demonstra o efetivo prejuízo acaso fosse reconhecida a tempestividade do recurso interposto antes da oficial divulgação.

A gangorra jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça já basta para expor a fragilidade dos fundamentos, sempre calcados em razões de natureza formal, com ênfase numa interpretação literal da norma, afastados do elemento teleológico das regras processuais.

Como lecionam Negrão e Gouvêa (2008), em nota ao art. 172 do CPC, as disposições processuais sobre prazo não encerram um comando rígido, devendo o intérprete estar atento aos comandos dos princípios da efetividade e da instrumentalidade, como meio de prestigiar o exame do direito material:

Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo – calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade – à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito (RSTJ 34/362 e STJ-RT 686/199).

A importância que os Tribunais atribuem à publicação, como condição de existência jurídica da decisão e fixação do conteúdo material, está atrelada exclusivamente ao valor abstrato do registro, documentação e burocratização do procedimento. Além de propositadamente ignorarem que o prazo é estabelecido em prol da parte, sendo inclusive renunciável³⁰, também desprezam as várias formas de uma parte tomar ciência inequívoca do teor de uma decisão e considerar-se em condições de interpor o recurso, seja pela presença na sessão de julgamento, ou acompanhamento por meio eletrônico, ou até mesmo devido à previsibilidade do resultado de casos repetitivos.

Se o recorrente foi capaz de impugnar a decisão antes da publicação, como ensina o eminentíssimo professor Moreira (2006, p. 158), é sinal certo de que já conhece o teor. Logo, está alcançada a finalidade essencial do ato destinado a dar ciência do pronunciamento aos interessados.

A finalidade essencial da publicação é dar ciência inequívoca da decisão. Todavia, se, de outro modo, a parte teve conhecimento completo do julgado e interpôs o recurso antes da publicação, quando muito, deverá arcar com os eventuais prejuízos processuais decorrentes, a exemplo da falta de ataque aos fundamentos da decisão recorrida.³¹

Netto (2009, p. 74-75) destaca que o acórdão, como pronunciamento judicial nos termos do art. 556 do CPC³², passa a existir no

³⁰ “Art. 186. A parte poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor.”

³¹ STF. “Súmula nº 283 É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” STF. “Súmula nº 284 É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não” permitir a exata compreensão da controvérsia.” TST. “Súmula nº 422 RECURSO. APELO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 514, II, do CPC - Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta.”

³² “Art. 556. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo único. Os votos, acórdãos e

processo com o anúncio do resultado do julgamento, e não com a publicação. Acrescenta:

[...] cabe esclarecer que a decisão é pública desde o momento que foi proclamado o seu resultado, em sessão aberta e *pública* de julgamento. Acaso assim não fosse, estar-se-ia violando o princípio da publicidade que governa o processo, instrumento público de prestação de tutela jurisdicional (art. 93, IX, da Constituição Federal, e art. 155 do CPC). Estão vedadas, inclusive, alterações dos votos ou do resultado, salvo se for para correção de erros materiais ou por ser acolhido pedido formulado em embargos de declaração (art. 463 do CPC). (Grifo do autor).

O entendimento cristalizado em inúmeros precedentes, em que os tribunais consideram realizada a intimação diante da “ciência inequívoca” da parte, como medida consentânea com os princípios da celeridade e da efetividade processual, pode, sem qualquer prejuízo, ser estendido para atenuar a exigência da publicação formal como único marco do início da contagem do prazo recursal.

Prova dessa viabilidade é vista no julgamento dos embargos de declaração no AI 426.271³³, no qual foi considerado existente o acórdão proferido em um *leading case*, mesmo não publicado no órgão oficial. Senão, vejamos:

A existência de precedente firmado pelo Plenário do STF autoriza o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema (RI/STF, art. 101), ainda que o acórdão do *leading case*, proferido pelo Plenário, não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado.

Dinamarco (2003, p. 19, grifos do autor), em contundente e respeitável crítica, reclama coerência das decisões do STF, perfeitamente extensível ao demais colegiados:

Diante dessa tão forte e invariável linha jurisprudencial, chega-se agora a um reclamo pela coerência das decisões do Supremo Tribunal Federal, porque não é coerente a) negar conhecimento a um recurso porque a parte teve *ciência antes da publicação* da sentença mas contou o prazo a partir desta⁰, b) e ao mesmo tempo, contrariamente, negar-lhe também conhecimento nos casos em que a parte se *antecipa à publicação*, demonstrando

demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impresos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.”

³³ STF. 2^a Turma, AI 426.271 ED/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.06.2003, DJU 27.6.2003.

conhecimento do ato e efetivamente recorrendo sem que haja sido feita a intimação pela imprensa. Se a falta dessa intimação deixasse o julgamento à margem do direito, como naqueles acórdãos se disse (com a consequente intempestividade por prematuridade), não haveria como dizer, depois de decorrido o prazo contado da ciência inequívoca, que o recurso seja intempestivo por ter sido interposto tardivamente. Ou a ciência inequívoca dispensa a intimação e abre prazo para recorrer, ou não; ou ela fixa o *dies a quo* dos prazos recursais, ou não o fixa.

Como professado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, no citado julgamento do AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 243.849/PR, DJe 28/11/2013:

A função precípua dos atos processuais de comunicação é dar conhecimento da decisão às partes e à sociedade, razão pela qual não se pode exigir que o recorrente, após conhecimento do acórdão, tenha que aguardar, desnecessariamente, sua publicação em órgão oficial para exercer o direito de recurso, sob pena de violação aos princípios da efetiva prestação jurisdicional e da celeridade processual.

[...]

Atingida a finalidade do ato processual, com a efetiva ciência pela parte interessada do teor e resultado da decisão judicial, não é possível considerar intempestivo o recurso por ela interposto antes da publicação da decisão no órgão oficial.

Ademais, o decreto de intempestividade do recurso interposto prematuramente, com fundamento na falta de posterior ratificação após a publicação do acórdão, resulta no danoso efeito de considerar que a parte aceitou tacitamente a decisão, mesmo tendo praticado um inequívoco ato compatível com a vontade de recorrer, quando é cediço que, para caracterização da aquiescência tácita com uma decisão, o parágrafo único do artigo 503 do CPC³⁴ exige a prática de um ato incompatível com a vontade de recorrer, que deve ser inferida de fatos inequívocos e inconciliáveis com a impugnação da decisão.

A proteção inscrita no artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV³⁵, da CF, que assegura ao jurisdicionado o direito de saber por que perdeu

³⁴ “Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.”

³⁵ “Art. 5º [...] Inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

ou ganhou, para que possa exercer o amplo direito de recorrer de forma válida e eficaz, não pode ser interpretada restritivamente, com excessivo apego ao formalismo, de forma a prejudicar um recurso interposto antes da publicação formal.

Por óbvio, não defendemos que apenas a notícia do julgamento, a presença do advogado na sessão de julgamento ou qualquer outro meio alternativo de conhecimento da decisão substitua a regra geral da contagem de prazo prevista na legislação processual, mas que, em respeito aos princípios do devido processo legal, da instrumentalidade das formas e da celeridade, não seja negada a prestação jurisdicional àquele que, por se encontrar em condições de interpor o recurso, se antecipou à publicação oficial.

4 Recurso interposto quando pendente julgamento de embargos de declaração e sem ratificação posterior

4.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A modalidade de recurso prematuro mais comum nos tribunais é o interposto quando ainda pendente julgamento de embargos de declaração³⁶, interpostos contra o mesmo acórdão já recorrido, sem posterior ratificação do apelo depois da publicação do acórdão integrativo.

A remansosa e pacífica jurisprudência do STF³⁷ nega seguimento ao apelo interposto nessas condições por falta de exaurimento da instância *a quo*, com a publicação da decisão final no órgão oficial, apta a ensejar a abertura da via extraordinária, na forma do inciso III do art. 102 da Lei Maior.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. APELO EXTREMO EXTEMPORÂNEO. INTERPOSIÇÃO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA O ARESTO QUE JULGOU A APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI. DECRETO-LEI 469/1969.

³⁶ O STJ tem precedentes em que considera, de modo igual ao que ocorre nos Embargos de Declaração, prematura a interposição de Recurso Especial antes do julgamento dos Embargos Infringentes, sem posterior ratificação. Ver: STJ. 1ª Turma, AgRg no Ag 1109212/BA. Relator Min. Benedito Gonçalves, j. 15.09.2009, DJe 22.09.2009.

³⁷ STF. 2ª Turma, AI 664080 AgR/SP. Rel. Carlos Ayres Britto, j. 12.04.2011, DJe 17.08.2011. No mesmo sentido: STF. 1ª Turma, AI 795683 AgR-ED/PE. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 15.02.2011, DJe 10.03.2011; STF. 2ª Turma, RE 400975 AgR/DF. Rel. Carlos Ayres Britto, j. 08.02.2011, DJe 25.04.2011; STF. 1ª Turma, AI 502004 AgRg/MG. Rel. Carlos Ayres Britto, j. 19.04.2005, DJe 04.11.2005.

VIGÊNCIA ATÉ 04/10/1990. 1. Conforme entendimento predominante nesta nossa Casa de Justiça, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede. A insurgência, nessa hipótese, não se dirige contra decisão final da causa, apta a ensejar a abertura da via extraordinária, na forma do inciso III do art. 102 da Carta Magna.

4.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O STJ alinha-se com o entendimento do STF. Em notícia publicada no sítio eletrônico do tribunal no dia 05 de março de 2010³⁸, consta a informação da pacificação do tema por meio da edição da Súmula 418, com o seguinte enunciado: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Segundo o informe, o entendimento começou a ser cristalizado desde 2003, no julgamento do AgRg no Ag 479830/SP.³⁹ No entanto, colhe-se no acórdão do AgRg no Ag 871810/SP⁴⁰ a informação de que a Corte Especial dirimiu a questão no julgamento do REsp 776265/SC⁴¹, da relatoria originária do Min. Humberto Gomes de Barros.

O Ministro José Delgado, relator, justifica a necessidade de ratificação do recurso especial com base no art. 105, III, da CF⁴², que autoriza o recurso somente em causas decididas em última instância, combinado com o art. 538 do CPC⁴³, que dispõe sobre interrup-

³⁸ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96190>. Acesso em: 10 out. 2010.

³⁹ STJ. 3^a Turma, Ag 479830 AgRg/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22.05.2003, DJ 30.06.2003.

⁴⁰ STJ. 1^a Turma, Ag 871810 AgRg/SP. Rel. Min. José Delgado, j. 21.06.2007, DJ 02.08.2007. Em trecho do voto, lê-se: “No entanto, a distinta Corte Especial deste Sodalício, ao julgar, em 18/04/2007 (pendente de publicação), por maioria, o REsp nº 776265/SC, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/o acórdão Min. César Asfor Rocha, entendeu em sentido oposto, id est, que o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal”.

⁴¹ STJ. Corte Especial. REsp 776265/SC, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 18.04.2007, DJ 06.08.2007.

⁴² “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida [...].”

⁴³ “Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.”

ção do prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes ante a oposição de embargos de declaração.

Na ótica do Ministro Humberto Martins⁴⁴, a admissão do recurso especial quando ainda pendente julgamento de embargos de declaração viola o artigo 498 do CPC⁴⁵, que não permite a concessão de dois prazos recursais às partes.

Em apertada síntese, é soberana no STJ a compreensão de que o acórdão nos embargos de declaração, independentemente do conteúdo, integra o arresto já atacado, formando a última decisão exigida na CF. Assim, ocorrida a intimação do julgamento, o embargado passa a ter ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal, devendo ratificar ou mesmo complementar eventual recurso interposto anteriormente. Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO PREMATURO. SÚMULA 418/STJ. REJEIÇÃO.

1. É extemporâneo, por prematuro, o recurso interposto antes da data da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.
2. Acórdão recorrido proferido com base na jurisprudência reiterada desta Corte, não havendo falar, portanto, em omissão do julgado.
3. Embargos de declaração rejeitados.
(EDcl no AgRg no AREsp 428.079/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 25/03/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO INTERPOSTA ANTES DO JULGAMENTO DA SENTENÇA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REITERAÇÃO. NECESSIDADE. SÚMULA Nº 418/STJ.

1. É extemporâneo o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que opostos pela parte contrária, se, após a intimação do arresto dos declaratórios, não for reiterado ou ratificado no respectivo prazo recursal.
2. Este Tribunal aplica a orientação acima também para outros recursos. Precedentes expressos em relação à Apelação e ao Agravo Regimental.
3. Agravo regimental não provido.

⁴⁴ STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 1393411/RS. Rel. Ministro Humberto Martins, j. 10.05.2011, DJe 13.05.2011.

⁴⁵ "Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobretestado até a intimação da decisão nos embargos."

(AgRg no AREsp 198.067/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012)

4.3 Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho, não obstante julgar recursos contra decisões de última instância e submetido também aos ditames do art. 538 do CPC, diverge frontalmente com os demais tribunais. Para a Corte Trabalhista, embora os embargos de declaração interrompam o prazo recursal para ambas as partes, o recorrente não está obrigado a ratificar ou renovar as razões de recurso interposto anteriormente após a publicação de julgamento de embargos de declaração da parte contrária.

Com o fito de evitar prejuízo àquele que interpôs tempestivamente seu recurso na seara trabalhista⁴⁶, a Corte pacificou a discussão no item II da Súmula 434 do TST, que claramente informa que a interposição de embargos de declaração pela parte adversa não enseja a extemporaneidade do recurso interposto pela outra parte tempestivamente:

Súmula nº 434 do TST

RECURSO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. EXTEMPORANEIDADE. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 357 da SBDI-1 e inserção do item II à redação) - Res. 177/2012, DEJT divulgado em 13, 14 e 15.02.2012

I) [...]

II) A interrupção do prazo recursal em razão da interposição de embargos de declaração pela parte adversa não acarreta qualquer prejuízo àquele que apresentou seu recurso tempestivamente.

⁴⁶ RECURSO DE EMBARGOS - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO APÓS A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO ORDINÁRIO, MAS ANTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE ANALISOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPОСTOS PELA OUTRA PARTE - TEMPESTIVIDADE. De acordo com a orientação constante da Súmula nº 434, II, do TST, mostra-se tempestivo o recurso de revista interposto pelo reclamante após o julgamento do recurso ordinário, mas anteriormente ao julgamento dos embargos de declaração opostos pela reclamada. Os embargos esbarram no óbice da parte final do inciso II do art. 894 da CLT. Recurso de embargos não conhecido. (E-ED-RR - 256200-28.2008.5.09.0021, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/04/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19/04/2013)

4.3.1 Ampliação do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho

A jurisprudência do TST sempre foi uníssona em considerar intempestivo o recurso interposto na pendência de publicação de acórdão relativo a julgamento de embargos de declaração apresentados pela mesma parte recorrente, como confirma o precedente abaixo:

RECURSO PREMATURO. INTEMPESTIVIDADE. INTERPOSIÇÃO CONCOMITANTE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E EMBARGOS. AUSÊNCIA DE POSTERIOR RATIFICAÇÃO DOS EMBARGOS. SÚMULA Nº 434, I, DO TST 1. Considera-se prematuro o recurso interposto na pendência de publicação de acórdão relativo a embargos de declaração apresentados pela mesma parte. Apesar com a publicação do acórdão de embargos de declaração, o órgão julgador cuja decisão é objeto de impugnação, em tese, aperfeiçoa e exaure a prestação jurisdicional. Incidência da Súmula nº 434, I, do TST. 2. Afiguram-se intempestivos embargos não ratificados no prazo recursal contado da publicação do acórdão turmário que julgou os embargos de declaração interpostos concomitantemente pela mesma parte. Precedentes da SbDI-1 do TST. 3. Embargos de que não se conhece.
(E-ED-RR - 103500-98.2009.5.16.0001, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 17/10/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013)

A SbDI 1, no entanto, em 14 de março de 2014, ampliou a interpretação do item II da súmula 434, de modo a reconhecer a tempestividade de um recurso de revista interposto na pendência de julgamento de embargos de declaração da mesma parte:

INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. INTERPOSIÇÃO PREMATURA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. Publicado o acórdão proferido pelo Tribunal Regional, foram opostos Embargos de Declaração pelo reclamante e foi interposto Recurso de Revista pela reclamada. 2. Publicada a decisão proferida no julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelo reclamante, que foram acolhidos com a concessão de efeito modificativo, houve a oposição de Embargos de Declaração pela reclamada. 3. A posterior oposição de Embargos de Declaração pela reclamada, motivada pela concessão de efeito modificativo aos Embargos de Declaração anteriormente opostos pela parte contrária, não acarreta, por si só, nenhum prejuízo à recorrente, porquanto o recurso de revista foi regular-

mente interposto após a publicação do acórdão do recurso ordinário. 4. Tendo a reclamada se conformado com o acréscimo à condenação decorrente da concessão de efeito modificativo aos Embargos de Declaração opostos pelo reclamante, não é razoável se exigir da parte a reiteração ou a repetição do ato anteriormente praticado de forma regular.

[...]

(E-ED-RR - 206600-55.1992.5.01.0010, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 20/02/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 14/03/2014)

Na hipótese, o reclamante interpôs recurso de embargos para a SbDI 1 sustentando a intempestividade do recurso de revista da reclamada, sob o argumento de que o apelo foi interposto antes da publicação do acórdão de embargos de declaração interpostos por ela mesma.

Salientou que, após a publicação do acórdão regional, a reclamada interpôs recurso de revista e o reclamante opôs embargos de declaração. Diante do efeito modificado causado pelos embargos de declaração, a reclamada também opôs embargos de declaração, que não atingiram o propósito de reverter a modificação imprimida.

Sustentou que o acórdão recorrido, ao deixar de declarar a intempestividade do recurso de revista, contrariou a súmula 434, itens I e II, da Corte (este por má aplicação), porque a reclamada deveria ter interposto novo recurso de revista ou ratificar o recurso anterior após o julgamento dos embargos de declaração dela, o que não foi feito.

O caso amolda-se perfeitamente ao entendimento destacado anteriormente no E-ED-RR - 103500-98.2009.5.16.0001, no sentido de que “é prematuro o recurso interposto na pendência de publicação de acórdão relativo a embargos de declaração apresentados pela mesma parte”.

Não obstante, numa análise muito criteriosa, o colegiado optou por desconsiderar os efeitos da oposição dos embargos de declaração pela reclamada e afastar a contrariedade à súmula 434 do TST, em síntese, com base nos seguintes motivos:

A oposição dos Embargos de Declaração pela reclamada, motivada pela concessão de efeito modificativo aos embargos de Declaração anteriormente opostos pela parte contrária, não acarreta, por si só, nenhum prejuízo à recorrente, porquanto a interrupção do prazo resultou da oposição dos primeiros Embargos de Declaração pela parte adversa. Outrossim, tendo a reclamada se conformado com o acréscimo à condenação decor-

rente da concessão de efeito modificativo aos Embargos de Declaração, não é razoável se exigir da parte reiteração ou a repetição do ato anteriormente praticado de forma regular.

Aparentemente esse julgado ofende o princípio da unirreveribilidade, da unicidade, ou da singularidade dos recursos, segundo o qual cada decisão judicial pode desafiar um recurso, à medida que um acórdão foi impugnado por meio de dois recursos da mesma parte: recurso de revista e embargos de declaração.

Contudo, o colegiado interpretou que o recurso de revista foi regularmente interposto após a publicação da decisão impugnada, atacando capítulos da sentença diferentes daquele objeto dos embargos de declaração.

A ampliação da compreensão sobre a matéria não implica menosprezo ao princípio adotado pelo sistema processual brasileiro, mas revela um esforço voltado para prestigiar o debate em torno do direito material, respeitar ao máximo os atos validamente praticados pelas partes, sem excessiva preocupação com entraves processuais.

Oportuno destacar, para prevenir eventual e precipitada crítica à decisão, centrada no caráter protecionista da justiça laboral, que a ampliação do entendimento nesse processo preservou o conhecimento do recurso de revista do empregador, e não do empregado.

4.4 Viabilidade de evolução da jurisprudência

A obrigatoriedade de ratificação do recurso após o julgamento dos embargos de declaração da parte contrária é uma exigência ilógica, prejudicial ao jurisdicionado, sem qualquer sentido prático. O recorrente, que já não tinha qualquer pretensão perante o juízo prolator da decisão recorrida, será afetado pela conduta da outra parte, que ainda não estava plenamente satisfeita com a prestação jurisdicional daquela instância.

O não conhecimento do recurso por extemporaneidade nessas circunstâncias, a toda evidência, equivale a afirmar que a parte aceitou tacitamente a decisão, na contramão do comando do parágrafo único do artigo 503 do CPC, que condiciona a aquiescência tácita com uma decisão à prática de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

Nessa linha, se, após o julgamento dos embargos de declaração da parte contrária, não houve manifesta e inequívoca vontade do recorrente em desistir do recurso já interposto, deve prevalecer

a presunção de ratificação tácita, cabendo ao recorrente suportar eventual ônus da não atenção ao princípio da dialeticidade recursal.⁴⁷

A jurisprudência trabalhista é prova da viabilidade jurídica de reconhecimento da tempestividade do recurso interposto quando ainda pendente julgamento de embargos de declaração da parte contrária, com a adoção dos princípios no ordenamento jurídico para seguir uma interpretação menos restritiva das normas processuais.

O Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp 776265/SC, quando ainda era membro do STJ, emitiu um sensato juízo sobre a questão:

Sr. Presidente, gostaria de pedir *venia*, porque entendi a colocação do Sr. Ministro Ari Pargendler. Na essência, uma parte vai ser prejudicada porque a outra precisou de esclarecimento e ela se deu por esclarecida. Então, ela ofereceu o seu recurso especial. E a outra, que precisava ainda se esclarecer, ofereceu embargos de declaração. Então, se entendemos que o recurso especial de quem interpôs em primeiro lugar, e tem necessidade de um esclarecimento, fica considerado intempestivo porque os embargos de declaração da outra parte ainda não foram julgados, isso é o mesmo que imputar a uma parte o prejuízo causado pela outra. Então, cada parte cuida do seu recurso; se não há necessidade de a outra parte aguardar o esclarecimento de que a outra pleiteou tanto que ela se encontra plenamente esclarecida, por isso que recorreu, não se pode considerar o seu recurso intempestivo.

Nesse mesmo julgado, o pronunciamento do Ministro Ari Pargendler nos assegura que não é mera retórica a preocupação com a negativa de prestação jurisdicional, externada ao longo deste ensaio. Importa sublinhar a solução que propõe:

⁴⁷ “Súmula nº 422 do TST - RECURSO. APELO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 514, II, do CPC - Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que forá proposta.”

STF “Súmula nº 284 - Recurso Extraordinário - Admissibilidade - Deficiência na Fundamentação - Compreensão da Controvérsia - É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

STJ “Súmula nº 182 - Agravo - Fundamentos da Decisão Agravada - É inviável o agravo do Art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

Sr. Presidente, a técnica do recurso especial não pode ser levada a tanta sofisticação, a ponto de chegarmos a não conhecer de nenhum recurso. A meu Juízo, a questão é simples: publicado o acórdão, a parte que não tiver o propósito de opor embargos de declaração já tem o direito de interpor o recurso. *Ora, se a outra parte opuser embargos de declaração, duas situações se põem: primeiro, não há modificação do julgado; nesse caso, não há necessidade de reiteração, figura não prevista no código. Se houver a modificação, estará prejudicado o recurso, se não for interposto outro.* (Grifos nossos).

Conclusão

A presença de conflitos de interesses é um traço característico da vida em sociedade, uma nódoa indelével da história da humanidade, marcada pelo cultivo da violência em suas múltiplas faces: guerras, regimes totalitários, abusos de poder, intolerâncias, desigualdades sociais.

Os férteis campos do subdesenvolvimento socioeconômico são um dos principais fatores responsáveis pelo aprofundamento dos conflitos sociais nas áreas Cível, Penal, Trabalhista, Administrativa, Tributária, Previdenciária.

No Brasil, onde a inobservância de basilares direitos é uma constante na esfera pública e nas relações privadas, o Poder Judiciário ainda é a instituição da República que desfruta de elevado prestígio e confiabilidade entre os cidadãos.

É incontestável a importância da adoção de medidas para conter o crescente volume de recursos recebidos nos tribunais pátrios, tais como o instituto da repercussão geral no STF, criado pela Lei 11.418/2006, e a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no STJ, Lei nº 11.672/2008, especialmente voltados para a celeridade processual.

Contudo, não é razoável controlar o acervo de processos por meio de uma jurisprudência defensiva, notadamente caracterizada pela exacerbação da forma, com um proposital desvirtuamento da finalidade do processo, redirecionado para servir de obstáculo à solução de mérito das questões.

Além de contrariar as expectativas dos jurisdicionados, essas medidas afetam sobremaneira o propósito do próprio legislador, que não assentou nos diplomas legais nenhum dos incontáveis óbices processuais criados pelos tribunais.

O decreto de intempestividade dos recursos prematuros não encontra guarida na legislação processual vigente ou em qualquer princípio de direito. Não há razão plausível que justifique e ampa-

re a discrepância de entendimentos entre os Tribunais Superiores, que, *mutatis mutandis*, estão sob regência de idêntico regramento processual.

Não há qualquer pretensão de mitigar a independência e a autonomia intelectual dos julgadores, mas somente cobrar decisões vinculadas às regras de direito processual e material vigentes, com especial valorização dos princípios do devido processo legal e da instrumentalidade das formas, julgamentos sem surpresas, um pleno acesso ao Poder Judiciário.

Referências

- DIDIER JÚNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 6^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Tempestividade dos Recursos. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 16, p. 9-23, nov. 2003.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3^a ed. São Paulo: LTR, 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. Extemporaneidade de Recurso Prematuro. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 8, p. 58-66, nov. 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 386, p. 153-162, jul./ago. 2006.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÉA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 40^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NETTO, Nelson Rodrigues. Os "Quora" nos Tribunais Superiores e a Legitimidade de seus precedentes: a Decisão sobre o Recurso Prematuro no Superior Tribunal de Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 78, p. 70-80, set. 2009.

Da TR como índice de correção monetária na Justiça do Trabalho

Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul

Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral

pela Anhanguera-Uniderp

Pós-Graduado em Direito Tributário pela UNP

Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UNP

RESUMO

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho pacificou o tema da correção monetária na esfera do processo do trabalho. Através da Resolução 08/2005, consolidou-se o entendimento de ser a TR o índice a ser utilizado na correção dos débitos trabalhistas. Não obstante, após decisão do Supremo Tribunal Federal envolvendo o tema de compensação tributária em precatórios, a matéria deixou de ser uníssona em alguns Tribunais Regionais. Há quem defende a utilização de índices diversos do acima exposto. No decorrer do presente artigo, demonstrar-se-á a imperiosidade de manutenção da TR para o concretário em apreço.

Palavras-chave: Processo do trabalho. Correção monetária. TR. INPC.

ABSTRACT

The Superior Council of the Labor Court consolidated its stand on the matter of monetary correction or adjustment in the field of labor procedural law. By means of resolution 08/2005, the "TR" has been consolidated as the Index to be applied for the purpose of calculating the correction or adjustment on debts derived from the labor law. Nevertheless, after the Federal Supreme Court (STF) decision concerning the offsetting of taxes in writs of payment (precatórios), this matter is no longer unified in some regional courts. There are those who defend the use of different Index from the one addressed above. The present article seeks to demonstrate the need to maintain the "TR" for the outcome in question.

Keywords: Labor procedural law. Monetary correction or adjustment. TR. INPC.

Introdução

O presente estudo tem por desiderato traçar algumas considerações iniciais sobre a correção monetária, bem como destacar a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nas ADIs 4.357 e 4.425 e a sua influência (ou não) sobre os rumos da correção monetária no âmbito da Justiça do Trabalho.

Tem-se por fito demonstrar que a aludida decisão do Supremo versava sobre precatórios, não tendo qualquer correlação lógica com a sistemática hoje existente na esfera trabalhista.

O tema enfrentado possui importante relevo na execução trabalhista, pois já está sendo objeto de debates nos Tribunais Regionais, em especial no Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região.

1 Breves considerações sobre a correção monetária

A correção monetária nem sempre existiu em nosso sistema jurídico, mas exsurgiu da história inflacionária brasileira, em decorrência da desvalorização sistemática da moeda. Para o Ministro Moreira Alves (*apud* ASSIS, 2011, grifos nossos), a correção monetária é um dos grandes vilões da inflação:

Esse foi o grande mal que se fez ao Brasil com a adoção da correção monetária institucionalizada. Criou-se a mentalidade de que onde há inflação não se pode sobreviver sem correção monetária, embora não haja nenhum País do mundo que tenha adotado essa política. A Alemanha, na segunda década do século, quando a inflação era muito mais grave do que a nossa, não adotou correção monetária institucionalizada, até porque os alemães sabiam que isto é **a pior das pragas, pela circunstância de que a correção monetária é fator realimentador da inflação**, além de criar estado psicológico favorável a ela, com a falsa sensação de enriquecimento que ela propicia. Para combater a inflação, para se sentir na carne os males da inflação, de imediato, é preciso acabar com a correção monetária. Então combate-se a inflação, porque todos sofrem; só não sofre o devedor relapso. A correção monetária é um jeitinho de convivência com a inflação. A desindexação total torna indispensável o efetivo combate à inflação, sem que os menos favorecidos sejam engodados com a ilusão do enriquecimento pelas cédulas de poupança, nem que o capital seja desviado para a 'ciranda financeira'. Ademais, a verdadeira atualização monetária só se faz com um índice que dela mais se aproxime e não, evidentemente, com diversos como tivemos, pois a simples multiplicidade mostra que

ou todos são falsos pelos métodos e expurgos que se adotam para chegar a eles, ou só um é que se aproxima da realidade e os demais são elementos de manobra (ADIn 493-0/91, RT 690/187).

Segundo Assis (2011), a correção monetária foi criada para preservar o valor real do crédito. Wald (1959, p. 81) obtempera, *verbo ad verbum*:

Na realidade, nenhuma dessas cláusulas garante, de modo absoluto, o credor contra a desvalorização da dívida. Não é só a moeda nacional que oscila, também pode oscilar o valor do ouro e das moedas estrangeiras. A cláusula de escala móvel, que fixa o quantum da dívida, em relação ao índice de variação do custo de vida ou dos salários ou de algumas mercadorias, atenderia melhor ao anseio de dar certa estabilidade à dívida monetária, de manter o seu poder aquisitivo, ou seja, o seu valor. Como o valor da moeda varia em proporção inversa aos preços, a cláusula de escala móvel, que fizesse variar certa obrigação de acordo com o índice de custo de vida, alcançaria o seu objetivo, que é a estabilidade e a segurança.

A correção monetária restou instituída em nosso país através da Lei Federal nº 4.357, de 16 de junho de 1964, ocasião em que foi criada a ORTN (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional).

Dias (2000) alude:

Nesse quadrante, as construções pretorianas sempre explicitaram que a correção monetária não constitui parcela que se agrega ao principal, mas simples recomposição do valor e poder aquisitivo do mesmo. Trata-se, na verdade, de adequação numérica do valor monetário aviltado pela inflação.

Por conseguinte, a correção monetária surgiu no Brasil em decorrência da inflação, objetivando preservar o poder aquisitivo da moeda.

2 Da adoção da TR como índice de correção monetária pelo CSJT

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), com o desiderato de pacificar a jurisprudência, unificar procedimentos e proporcionar segurança jurídica, editou a Resolução 08/2005, a qual, em síntese, determina ser a TR (Taxa Referencial) o índice de correção monetária a ser adotado nos processos trabalhistas.

Pela Resolução mencionada, foi criada e aprovada a Tabela única para atualização e conversão dos débitos trabalhistas, a ser utilizada em todos os cálculos de débitos trabalhistas no âmbito da Justiça do Trabalho. Essa tabela é atualizada, mensalmente, pela TR. Reza a norma:

Art. 1º. É aprovada a Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas, constante do Anexo I, que será aplicada na elaboração de todos os cálculos de débitos trabalhistas no âmbito da Justiça do Trabalho.

§ 1º: A Tabela Única será disponibilizada a todos os interessados nos sítios da internet do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

2º. Caberá à Assessoria Econômica do Tribunal Superior do Trabalho:

I - promover a atualização da Tabela Única, até o terceiro dia útil de cada mês, de acordo com a variação da TR, ou mediante outro índice por que venha a ser substituída, do dia 1º ao último dia de cada mês;

II - incorporar os novos coeficientes de atualização monetária à Tabela Única disponibilizada na forma do § 1º.

Art. 2º. É aprovado, integrado pela Tabela Única a que se refere o art. 1º, o Sistema Único de Cálculos da Justiça do Trabalho - SUCJT (versão 2.4), que será disponibilizado a todos os interessados nos sítios da internet do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

Art. 3º. A Tabela Única para Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas vigorá a partir de 1º de novembro de 2005 e sucederá a todas as demais tabelas afins editadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho.

Indubitavelmente, a Resolução em testilha recebe amparo no artigo 39 da Lei Federal nº 8.177/91 (publicada em 01 de março de 1991), que estabelecia a TRD (Taxa Referencial Diária) como índice de correção monetária dos débitos trabalhistas. A TRD foi substituída pela TR, com supedâneo na Lei Federal nº 8.660/93 (publicada em 28 de maio de 1993).

A TR é aplicada na Tabela de Fatores de Atualização e Conversão de Débitos Trabalhistas (FACDT), a qual se constitui em lista de atualização diária dos débitos trabalhistas.

Outrossim, consoante dispôs o Ministério Público Federal no parecer de lavra do eminente Procurador da República Dr. André Pimentel Filho:

Declarar o direito à determinada correção monetária, como cláusula insita ao direito de propriedade, e assim incentivar a indexação de preços, é abrir espaço para a

insegurança jurídica e para a desvalorização disfuncional da moeda.

Deveria o Poder Judiciário reconhecer que o assunto é intrinsecamente complexo, naturalmente da esfera de especialistas, deixando para o legislador a tarefa de dispor sobre os índices, prima facie válidos desde que não patente abuso consistente na expropriação de valores ou no desrespeito a direitos adquiridos. Afora essas hipóteses, em que seria cabível intervenção jurisdicional para a preservação de axiomas constitucionais, ao legislador deveria ser facultado, livremente, a escolha de índice de atualização da moeda, mesmo porque não é raro em determinadas situações, para o bem comum da economia, a imposição de medidas de restrição de liquidez (e de redução dos níveis de indexação), para salvaguardar a moeda.

A primeira dificuldade do Judiciário se arvorar em definidor do melhor índice de correção monetária é a própria e imanente intangibilidade de seu conceito e congêneres, como as distintas espécies de juros. **Os índices de inflação são sempre imperfeitos, relativos, na medida em que são uma média**, tendo cada qual uma metodologia. Gandra Martins, falando sobre as diferenças entre juros e correção monetária, reconhece que “não há conceito definitivo e absoluto na doutrina sobre juros, visto que o nominalismo da moeda, cujo empréstimo é remunerado por juros, pode ser atingido por variados fatores”, e que “não há forma fiel e absoluta para se medir a inflação, de tal maneira que são inúmeros os indexadores capazes de, setorialmente, apresentar soluções parciais, convivendo o País com inúmeros indexadores relativos, como o IPC, INV, INPC, OTN, FGV, URP etc.” (parecer prolatado em 07/02/2014, nos autos da ação coletiva nº 2013.50.01.107229-7, que tramita perante a 4ª Vara Federal de Vitória, grifos nossos).

Dessa feita, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, objetivando segurança jurídica, pacificação social e decisões equânimes para os jurisdicionados, pacificou o tema da correção monetária na esfera trabalhista. Não obstante, tal decisão vem sendo infundadamente questionada, em razão da decisão proferida nas ADIs 4.357 e 4.425.

3 Da inaplicabilidade da decisão do STF ao processo do trabalho

Em julgamento conjunto das ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, no Supremo Tribunal Federal, os Ministros declararam, em 2013, a parcial procedente das ações, julgando inconstitucional o regime de compensação de precatórios da forma prevista na Emenda Cons-

titucional 62/2009 e determinando, quanto aos precatórios de natureza tributária, que fossem “aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário”.

Sem dúvida, a decisão proferida não guarda qualquer relação lógica ou fático-jurídica com o processo do trabalho, pois trata de direito tributário. Efetivamente, ficou assentada, no acórdão, a inaplicabilidade da TR apenas no tocante à compensação tributária através dos precatórios.

Ademais, a decisão do STF objetivou acabar com a distorção que estava ocorrendo. Enquanto credor, os créditos da Fazenda Pública estavam sendo corrigidos pela SELIC e, enquanto devedor, as dívidas da Fazenda eram corrigidas pela TR. Ineludivelmente, havia grande distorção nesse critério, havendo quebra do princípio da isonomia e do igual tratamento entre as partes. Assim, com razão o Pretório Excelso. E importa destacar que a TR e a SELIC são instrumentos bem distintos; enquanto o primeiro é um índice de correção monetária, o segundo é um índice híbrido, que abarca correção monetária e também juros.

O que se percebe, diante desses fatos, são situações jurídicas distintas as tratadas na decisão do Supremo e a correção dos débitos trabalhistas. E, como bem asseverou a advogada Bianca Zoehler Baumgart Crestani nas razões de recurso de revista apresentadas na RT 0124000-13.2008.5.04.0016, em 14 de julho de 2014:

Verifica-se que as pretensões abarcadas pela Resolução fustigada não se tratam [sic] de uma relação jurídico-tributária como no precedente da Corte ventilado. O discrißen fundamental e motivador da decisão do STF é que o crédito de precatórios poderá ser utilizado como instrumento de compensação de dívidas tributárias, cujos índices de correção monetária alcançam patamares manifestamente superiores aos de correção dos precatórios. Tal fato importava na quebra da isonomia entre o credor e o devedor, repita-se, para fins de compensação, mote da decisão do Supremo.

O grande erro da aplicação destemperada dessa decisão do STF aos demais casos decorre da aplicação de situação *sui generis* do regime de compensação de precatórios ao regime distinto e próprio da Justiça do Trabalho.

Gize-se: a decisão do STF não revogou, não declarou a ilegalidade nem a constitucionalidade da TR, apenas a sua não aplicação a um caso peculiar, em que dois sistemas distintos de correção de valor de débito eram utilizados. Assim, incorre em grave erro dizer que a TR foi afastada do ordenamento jurídico.

Transcreve-se parte do voto do Relator Ayres Britto¹ na ADI 4.425 (p. 19):

14. Prossigo neste voto para assentar, agora, a inconstitucionalidade parcial do atual § 12 do art. 100 da Constituição da República. Dispositivo assim vernacularmente posto pela Emenda Constitucional nº 62/2009:

“§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo **índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança**, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.” (Grifou-se) [...]

16. Observa-se, então, que, em princípio, o novo § 12 do art. 100 da Constituição Federal retratou a jurisprudência consolidada desta nossa Corte, ao deixar mais clara: a) a exigência da “atualização de valores de requisitórios, após sua expedição [e] até o efetivo pagamento”; b) a incidência de juros simples “para fins de compensação da mora”; c) a não incidência de juros compensatórios (parte final do § 12 do art. 100 da CF).

Mas o fato é que o dispositivo em exame foi além: fixou, desde logo, como referência para correção monetária, o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, bem como, “**para fins de compensação de mora**”, o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança. E contra esse plus normativo é que se insurge a requerente.

Considerando a importância e relevância da decisão da ADI 4.425 para o estudo do tema proposto, passa-se a transcrever o inteiro teor da ementa:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 62/2009. [...] INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE “SUPERPREFERÊNCIA” A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIO-

¹ Foi Relator do Acórdão. Aposentou-se em 17/11/2012, antes do término do julgamento.

NAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVÉITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFESA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFESA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. 1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira. 2. O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009. 3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2º, da CF, com reda-

ção dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, *caput*) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento. 4. O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, *caput*), cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*). 5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (*ex vi* do art. 161, §1º, CTN). Declaração de constitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios, incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela constitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. 8. O regime “especial” de pagamento de

precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.

De outra banda, impende destacar que o próprio STF, no Recurso Extraordinário nº 226.855, já se manifestara pela legalidade da TR como índice de correção monetária no regime do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), como se verifica na decisão abaixo:

EMENTA: Fundo de Garantia por [sic] Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. - O Fundo de Garantia por [sic] Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. - Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. - Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. - No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

A Súmula 459 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por analogia, afiança a legalidade da TR como índice de correção monetária:

SÚMULA 459/STJ - A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador mas não repassados ao fundo.

Nessa seara argumentativa, podemos mencionar informação contida no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho – TST (<http://www.tst.jus.br/web/guest/tabela-unica-debitos-trabalhistas>):

A atualização de débitos trabalhistas é definida no art. 39 da lei 8.177/91, que não sofreu alteração com a lei 12.703/12: tal lei modificou os parâmetros para cálculo dos rendimentos da caderneta de poupança, mas não alterou a TR, índice-base para atualização monetária.

De outra banda, impende destacar a OJ 300 do SDI-1 do TST:

OJ-SDI1-300 EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. LEI Nº 8.177/91, ART. 39, E LEI Nº 10.192/01, ART. 15 (nova redação) - DJ 20.04.2005. Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no artigo 39 da Lei nº 8.177/91 e convalidados pelo artigo 15 da Lei nº 10.192/01.

De clareza solar, não houve revogação nem cancelamento da TR como índice oficial de correção monetária. Deixar, pois, de aplicar a taxa em apreço se configura em incorreção e ilegalidade, consante se exporá na seção seguinte.

4 Da violação ao princípio da legalidade

Ineludivelmente, a aplicação de outro índice de correção monetária que não a TR malfere o disposto nas Leis 8.177/91 e 8.660/93, as quais dão ampla legitimidade à Resolução 8/2005, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Assim, as decisões que não aplicam a TR ferem o princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, *in verbis*: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Da alínea pétreia da Constituição, observamos ser a lei a criadora de obrigações, deveres e vedações, aos quais os indivíduos ficam adstritos. No caso, é direito do devedor efetuar o pagamento de seus débitos com a observância dos índices corretivos previstos em lei; especificamente, nas Leis 8.177/91 e 8.660/93.

Alguns reclamantes sustentam a adoção do INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) ou do IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) em substituição à TR. O Tribunal Regional da Quarta Região, através da Orientação Jurisprudencial

nº 49, adotou tese mista, isto é, TR até a data da decisão da ADI mencionada e, após, INPC, *in verbis*:²

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS. A partir de 14 de março de 2013, o índice a ser utilizado para atualização monetária dos débitos trabalhistas deve ser o INPC, diante da declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 4357, do uso da TR como fator de atualização monetária.

Para Aristóteles: “A paixão perverte os magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão, eis a lei”. Assim, na lição do filósofo, a norma (*in casu*, a Resolução 08/2005) é a inteligência sem paixão, devendo, pois, ser respeitada, sob pena de arbítrio.

5 Da violação ao princípio da segurança jurídica

O uso de outro índice de correção monetária que não a TR quebra o princípio da segurança jurídica e o da uniformização procedural almejada pela Resolução 08/2005 do CSJT.

Do princípio da segurança jurídica decorrem os mais basilares princípios de Justiça. Observa Chacon (2003): “Tal princípio é composto por diversos institutos, tais como respeito aos direitos adquiridos, o devido processo legal, irretroatividade da lei, entre outros”.

Citando Miguel Reale, Chacon (2003) anota que o princípio da segurança jurídica decorre da ideia de ordem e da obrigatoriedade de vigência do direito:

A segurança jurídica depende da aplicação, ou melhor, da obrigatoriedade do Direito. Miguel Reale, discorrendo acerca da obrigatoriedade ou a [sic] vigência do Direito, afirma que a idéia de justiça liga-se intimamente à ideia de ordem. No próprio conceito de justiça é inherentemente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.

O autor aponta os elementos asseguradores da aplicação da segurança jurídica:

² A Orientação Jurisprudencial nº 49 do TRT4 foi editada pela Resolução nº 06/2014 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (disponibilizada no DEJT dias 5, 6 e 9/06/2014, considerada publicada nos dias 6, 9 e 10/06/2014).

Acerca dos elementos que dão efetividade ao princípio, temos que a segurança jurídica é assegurada pelos princípios seguintes: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação de julgamentos parciais, etc (CHACON, 2003).

Por conseguinte, a não utilização da Taxa Referencial malfere os princípios basilares da Resolução 08/2005 do CSJT: uniformização procedural e segurança jurídica, além de afronta à legalidade, conforme alhures destacado.

Conclusão

A utilização da TR como índice de correção monetária recebe respaldo na Resolução 08/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, bem como no artigo 39 da Lei Federal nº 8.177/91.

Gize-se: a decisão do STF não revogou, não declarou a ilegalidade nem a constitucionalidade da TR, apenas a sua não aplicação a um caso peculiar.

A aplicação de outro índice de correção monetária que não a TR malfere o disposto nas Leis 8.177/91 e 8.660/93, as quais dão ampla legitimidade à Resolução 8/2005, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

É direito do devedor efetuar o pagamento de seus débitos com a observância dos índices corretivos previstos em lei; no caso, as Leis 8.177/91 e 8.660/93.

Referências

ASSIS, Jose Eduardo Ribeiro de. A inflação, a correção monetária e o Código Civil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9744&revista_caderno=7>. Acesso em: set 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425, Plenário. Requerente: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Ministro Relator para acórdão: Luiz Fux. Brasília. Data do julgado: 14 mar. 2013. Data da publicação: 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciavisualizarEmenta.asp?s1=000223827&base=baseAcor-daos>>. Acesso em: 11 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 226.855, Plenário. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorridos: Ademar Gomes Mora e outros. Ministro Relator: Moreira Alves. Brasília. Data do julgado: 31 ago. 2000. Data da publicação: 13 out. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000099203&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 set. 2014.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina,

ano 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4318>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. Correção monetária dos créditos trabalhistas em liquidação de sentença. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1262>>. Acesso em: 6 set. 2014.

WALD, Arnold. **A cláusula de escala móvel**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

O atual papel do Ministério Público do Trabalho brasileiro na efetivação dos princípios da prevenção e da precaução no meio ambiente do trabalho

*Jeremias Pinto Arantes de Souza
Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho
pela Anhanguera-Uniderp*

RESUMO

O presente trabalho trata do papel do Ministério Público do Trabalho na concretização dos postulados fundamentais da prevenção e da precaução no meio ambiente do trabalho. No primeiro capítulo, trazemos o ordenamento jurídico constitucional, legal e internacional que trata da matéria para melhor situarmos o leitor na necessidade de proteção ao meio ambiente do trabalho que transcende a órbita doméstica. Já no segundo capítulo, discorremos sobre os princípios da prevenção e precaução ressaltando sua aplicação no meio ambiente laboral com a descrição de situações hipotéticas. E, finalmente, falamos da função do Ministério Público do Trabalho na defesa do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho não poluído. Exemplificamos alguns casos concretos nesse sentido e concluímos o presente estudo.

Palavras-chave: Ambiental. Prevenção. Precaução. Trabalho.

ABSTRACT

This work deals with the role of the Ministry of Labor in the implementation of the fundamental postulates of prevention and precaution in environmental work. In the first chapter we passed through the constitutional, domestic and international law that deal with the subject to better situate the reader in need of environmental protection work that transcend the home. In the second chapter describes the principles of precaution and prevention emphasizing its application in the work environment with descriptions of hypothetical situations. And finally, we talk about the role of the Public Ministry of Labor's to defend the fundamental right of working environment without pollution. After exemplify some cases in this direction and conclude this study.

Keywords: Environmental. Prevention. Caution. Work.

Introdução

Objetivando traçar um mapa para aplicação dos princípios da prevenção e da precaução pelo Ministério Público do Trabalho no que tange ao meio ambiente laboral, o presente trabalho passa pela conceituação de meio ambiente do trabalho, pela fundamentação no ordenamento jurídico nacional e internacional da proteção ao ambiente laboral, pelo conceito e exemplos de aplicação dos princípios em questão e, derradeiramente, pela função do Ministério Público do Trabalho no sentido da finalidade almejada.

Os princípios da prevenção e da precaução ambientais visam evitar que o dano decorrente do meio ambiente desequilibrado ocorra. Assim, ambos exigem que haja ação antecipada que iniba possíveis efeitos danosos do ambiente poluído.

Para que possamos nos antecipar aos prejuízos que sofrem os trabalhadores é preciso informações referentes a pesquisas científicas sobre os efeitos negativos da atividade laboral considerada com suas especificidades.

Justamente aí é que reside a distinção das normas estruturantes em estudo, na certeza científica do dano que existe quando se trata de prevenção e na incerteza do dano que ocorre no que diz respeito à precaução. O princípio da precaução trabalha com a ausência de pesquisas científicas conclusivas sobre os efeitos da atividade adotando o *in dubio pro ambiente*, ou seja, não se espera o dano acontecer para que haja prevenção. A inexistência de conhecimentos dos efeitos impede a atividade econômica de ser exercida.

As normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais preveem algumas hipóteses de aplicação desses princípios consubstanciando o mínimo necessário para irmos ao encontro do atributo da dignidade da pessoa humana.

Cabe ao Ministério Público do Trabalho, além de buscar a prevalência desse mínimo de dignidade (leia-se normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais), adotar medidas que deem máxima efetividade aos postulados fundamentais da prevenção e da precaução no âmbito do ambiente do trabalho.

1 Conceito do meio ambiente do trabalho

A conceituação de meio ambiente do trabalho abrange todo lugar onde é realizado qualquer tipo de atividade laborativa. Nesses ambientes serão considerados fatores de ordem física, química, biológica, mecânica, cultural, psicológica etc.

Nesse sentido, falamos de irrelevância da adjetivização do trabalho. Em outras palavras, a proteção ao ambiente laboral saudável é direito de todos os trabalhadores, independentemente de vínculo jurídico. Com base no direito fundamental à higidez ambiental e em princípios constitucionais como a igualdade, não podemos tratar trabalhadores de forma diversa em razão do vínculo jurídico trabalhista quando falamos de meio ambiente do trabalho, uma vez que todos que ali se encontram sofrerão os efeitos negativos de eventual poluição ambiental.

Oportuna se faz aqui a indicação de precedente do Supremo Tribunal Federal ao decidir que a competência para tratar de matérias relativas a servidores estatutários é da Justiça Comum, repartindo a competência em razão do vínculo jurídico trabalhista:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. (ADI 3395 – MC/DF).

Contudo, excepcionando a regra, não é da competência da Justiça Comum ação relativa a meio ambiente do trabalho (causa de pedir normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores), ainda que envolva servidores estatutários, conforme se depreende da súmula 736 desse mesmo Supremo Tribunal: “*Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores*”.

Portanto, a Suprema Corte corrobora o entendimento de que o vínculo jurídico inerente ao trabalhador e empregador não é relevante quando tratamos do princípio fundamental do meio ambiente saudável.

Ainda dentro da definição de meio ambiente do trabalho encontra-se a sua classificação nas seguintes dimensões: *stricto sensu*, *lato sensu* e de terceiros. A primeira diz respeito ao local onde, tradicionalmente, se exerce o ofício, a exemplo do escritório de advogado, consultório de médico, jardim para jardineiro, residência para doméstica etc. Já a segunda engloba também os locais de descanso e de trânsito dentro do estabelecimento laboral como, por exemplo, um pátio de estacionamento e uma cantina. O últi-

mo se traduz no meio ambiente de terceiros que é atingido pelas externalidades de outro meio ambiente do trabalho. Por exemplo, meio ambiente de agricultores que é atingido pelos resíduos lançados por fábrica poluente.

O elemento teleológico da tutela ao ambiente de trabalho relaciona-se com a saúde do trabalhador. A concretização do direito a uma vida com dignidade está umbilicalmente ligada à ideia de qualidade de vida e para que isso ocorra é essencial um meio ambiente equilibrado e com higidez. Ademais, não podemos esquecer que a efetivação de um ambiente laboral saudável gera efeitos positivos para toda a sociedade como, por exemplo, a diminuição da demanda previdenciária decorrente de acidentes do trabalho.

2 Normas relativas ao meio ambiente do trabalho

2.1 Previsão constitucional do meio ambiente laboral

O *caput* do artigo 225 do Texto Maior traz a regra matriz sobre meio ambiente (conceito que abrange o ambiente laboral), da qual decorrem todos os demais princípios e normas ambientais.

Ao lado do *caput* do artigo em questão temos normas de garantia e efetivação previstas no parágrafo primeiro e normas específicas previstas nos parágrafos segundo a sexto.

O direito ao meio ambiente não poluído vem assim previsto constitucionalmente:

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

Ressaltando seu caráter difuso, o início do texto constitucional nos traz a informação de que o ambiente com higidez é direito de “todos”, ou seja, de uma universalidade de pessoas, de brasileiros e estrangeiros residentes ou não no País, de homens e mulheres, de brancos, negros e índios, de todos que se encontrem naquele lugar.

Conforme Machado (2007, p.118): “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente da sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência”.

Ao dispor que “todos têm direito”, a Constituição estabelece um direito público subjetivo ao ambiente saudável que é oponível

erga omnes. Consequentemente, o indivíduo pode exigir respeito a essa prerrogativa tanto dos particulares como do Estado.

Nas palavras do mesmo autor: “A locução ‘todos têm direito’ cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental” (MACHADO, 2007, p. 118-119).

A menção a “meio ambiente ecologicamente equilibrado” nos remete ao meio ambiente não poluído, ao meio ambiente com higidez e salubridade.

Faltou tecnicismo ao legislador constitucional na conceituação de meio ambiente quando o trata como “bem de uso comum do povo” (espécie de bem público), pois não se trata de um bem do Estado. Estamos diante de um bem difuso, um bem jurídico autônomo que foge ao conceito de bem jurídico, na medida em que não é possível a sua disposição.

Terminando nossa análise do artigo 225 do Texto Supremo, destacamos que o meio ambiente ecologicamente equilibrado (previsto primeiramente na convenção sobre o meio ambiente de Estocolmo em 1972 como direito humano) é relacionado à sadia qualidade de vida, o que demonstra a sua relevância na efetivação do atributo da dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil e de todos os direitos fundamentais).

Passamos agora para os artigos 5º, XXIII, 170, VI, e 186, II, todos do Diploma Fundamental. A proteção ao meio ambiente é princípio expresso da ordem econômica (170, VI), o que deixa implícita a previsão do princípio do desenvolvimento sustentável. Ora, se a ordem econômica deve levar em conta a proteção do meio ambiente, isso significa que essa proteção é um elemento interno daquela, o que caracteriza a concretização da sustentabilidade da atividade econômica.

No que tange à função social da propriedade (5º, XXIII), a finalidade constitucional é preservar o interesse público primário, o que denota uma alteração de paradigma do individual para o coletivo. Não é possível uma interpretação constitucional que não traga a proteção ao meio ambiente como elemento de cumprimento dessa função social. O ambiente em que vivemos é um bem de todos, é um bem difuso cuja proteção tem por essência o interesse público. Além disso, ao tratar da propriedade rural, é previsão constitucional expressa a proteção ambiental como um dos requisitos para cumprimento da função social (186, II).

Além dos artigos estudados nos dois parágrafos anteriores, a constituição prevê, especificamente, a proteção ao meio ambiente laboral em diversas passagens, as quais, nesse momento, passamos a indicar.

No artigo 200, VIII, a Carta Magna trata do campo de atuação do sistema único de saúde e faz menção expressa ao meio ambiente do trabalho, exigindo do Poder Público uma atuação eficiente nessa área.

Quando determina os direitos do trabalhador no artigo 7º, a Constituição estabelece em seus incisos XXII, XXIII e XXVIII, respectivamente, direito à saúde, higiene e segurança do trabalho; direito a adicionais por trabalho insalubre ou perigoso; e direito a seguro contra acidente de trabalho sem prejuízo da indenização. Com isso, impõe a proteção integral ao meio ambiente laboral. Repare-se que a ordem dos incisos é lógica, primeiro exige-se a redução dos riscos, quando não for possível, adicionais sobre o salário para compensação dos riscos não passíveis de redução e, por fim, caso o dano efetivamente ocorra, determina-se o direito à previdência social e à indenização pelo dano ocorrido.

É comum quando tratamos de ambiente laboral falar-se apenas em adicionais, auxílios sociais e indenização, contudo isso implica uma monetização do risco, o que não é saudável nem para o sistema nem para a sociedade. Este trabalho tem o escopo de demonstrar que é preciso se evitar ao máximo essa patrimonialização, pretendemos, através da aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, evitar que o dano ocorra. Exemplos positivos nesse sentido já ocorrem, a exemplo das inspeções prévias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, de exames médicos periódicos, de paralisação de obras em que há risco de acidente, da utilização de equipamentos de proteção individual e coletiva etc.

Sabemos que o direito ambiental laboral lida, muitas vezes, com casos trágicos. Percebemos que o trabalho insalubre é socialmente necessário (imagine uma sociedade sem médicos, por exemplo) e que não é possível que tal atividade seja totalmente automatizada. O que defendemos aqui é que haja um maior investimento por toda a sociedade (leia-se Estado e particulares) para minimizar os efeitos negativos dessa atividade para a saúde do trabalhador.

2.2 Previsão no ordenamento jurídico internacional do meio ambiente laboral

Ao tratarmos das normas internacionais sobre meio ambiente do trabalho, é importante apontar os três marcos históricos no processo de internacionalização dos direitos humanos.

Em princípio, correspondendo à primeira ocasião em que os Estados Soberanos perceberam a necessidade de direitos fora do âmbito doméstico, surge o direito humanitário que é revelado atra-

vés das convenções de Genebra referindo-se à proteção de pessoas na guerra. A primeira convenção dessa espécie foi organizada de forma não oficial em 1863, relacionando-se com os serviços sanitários nos exércitos em campanha. No ano de 1864 nasce a Conferência de Genebra como a primeira Convenção de Genebra oficial determinando que feridos e doentes em guerra sejam tratados de forma indiscriminada. A partir daí, hospitais e ambulâncias são protegidos de atentados e reconhecíveis através do símbolo da cruz vermelha com o fundo branco. A primeira aplicação efetiva dessa convenção se deu durante a Primeira Guerra Mundial.

Caracterizando o segundo marco histórico, é criada a Liga das Nações no fim da Primeira Guerra Mundial em 1919. Desde então, o direito à proteção dos direitos humanos para além da esfera doméstica se estende para todos os casos, e não só nos casos de guerra.

Finalmente, as convenções da Organização Internacional do Trabalho (órgão criado com a Liga das Nações em 1919) refletem o terceiro momento histórico que deu origem à tutela internacional dos direitos da pessoa humana.

Conforme Mazzuoli (2010, p.757):

O ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’ (International Human Rights Law), fonte da moderna sistemática internacional de proteção de direitos, tem como seu primeiro e mais remoto antecedente histórico os tratados de paz de Westfália de 1648, que colocaram fim a Guerra dos Trinta Anos. Mas pode-se dizer que os precedentes históricos mais concretos do atual sistema internacional de proteção desses mesmos direitos são o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, situados pela doutrina como os marcos mais importantes da formação do que hoje se conhece por arquitetura internacional dos direitos humanos.

A flexibilização do conceito tradicional de soberania, a mudança de posições das agendas externas dos Estados com muito mais temas de direitos humanos e o indivíduo passando a ser sujeito de direito internacional público ao lado de Estados e Organizações Internacionais são questões que contribuíram substancialmente para que ocorresse o processo de internacionalização dos direitos humanos.

Dentro desse panorama, apresentam-se quatro instrumentos básicos do Sistema Global de Direitos Humanos: a) Carta da Organização das Nações Unidas – ONU; b) Declaração Universal dos Direitos Humanos (que consiste na interpretação autêntica da expressão direitos humanos constante na Carta da ONU); c) Pacto Inter-

nacional dos Direitos Civis e Políticos; e d) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais.

Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais traz previsão expressa do meio ambiente laboral:

Artigo 7º. Os Estados-partes no presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: [...] b) Condições de trabalho seguras e higiênicas; [...]

Artigo 12. 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, como fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: [...] b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. [...]

A Convenção nº 148 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada no âmbito interno pelo Decreto nº 93.413/86, estabelece o direito dos trabalhadores à proteção de riscos inerentes ao lugar onde trabalham:

Artigo 4º. 1. A legislação nacional deverá dispor sobre a adoção de medidas no local de trabalho para prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações, e para proteger os trabalhadores contra tais riscos. 2. Para a aplicação prática das medidas assim prescritas poder-se-á recorrer à adoção de normas técnicas, repertórios de recomendações práticas e outros meios apropriados.

[...]

Artigo 7º. 1. Deverá obrigar-se aos trabalhadores a observância das normas de segurança destinadas a prevenir e a limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, e a assegurar a proteção contra tais riscos. 2. Os trabalhadores ou seus representantes terão direito a apresentar propostas, receber informações e orientação, e a recorrer a instâncias apropriadas, a fim de assegurar a proteção contra riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho.

[...]

Artigo 9º. Na medida do possível, dever-se-á eliminar todo risco devido à contaminação do ar, ao ruído e às

vibrações no local de trabalho: a) mediante medidas técnicas aplicadas às novas instalações e aos novos métodos de sua elaboração ou de sua instalação, ou mediante medidas técnicas aduzidas às instalações ou operações existentes, ou quando isto não seja possível; b) mediante medidas complementares de organização do trabalho.

[...]

Artigo 12. A atualização de processos, substâncias, máquinas ou materiais – que serão especificados pela autoridade competente – que impliquem exposição dos trabalhadores aos riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, deverá ser comunicada à autoridade competente, a qual poderá, conforme o caso, autorizá-la, de conformidade com as modalidades determinadas, ou proibi-la.

[...]

Artigo 14. Deverão ser adotadas medidas, tendo em conta as condições e os recursos nacionais, para promover a pesquisa no campo da prevenção e limitação dos riscos devidos à contaminação do ar, ao ruído e/ou às vibrações no local de trabalho.

Cumpre asseverar que a participação dos trabalhadores na formulação de políticas preventivas (que só é possível garantindo-se acesso a informações) prevista no artigo 7º, item 2, vai ao encontro da efetivação do princípio da prevenção ambiental. Trata-se de norma emblemática na tradução do que se entende por democracia participativa.

A Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, introduzida no ordenamento doméstico pelo Decreto nº 1.254/94, trata da segurança, saúde e higiene do trabalho *in verbis*:

Artigo 4º. 1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

[...]

Artigo 9º. O controle da aplicação das leis e dos regulamentos relativos à segurança, à higiene e ao meio ambiente de trabalho deverá estar assegurado por um sistema de inspeção das leis ou dos regulamentos.

[...]

Artigo 12. Deverão ser adotadas medidas de conformidade com a legislação e a prática nacionais a fim de assegurar que aquelas pessoas que projetam, fabricam, importam, fornecem ou cedem, sob qualquer título, maquinário, equipamentos ou substâncias para uso profissional: a) tenham certeza, na medida do razoável e possível, de que o maquinário, os equipamentos ou as substâncias em questão não implicarão perigo algum para a segurança e a saúde das pessoas que fizerem uso correto dos mesmos; b) facilitem informações sobre a instalação e utilização corretas do maquinário e dos equipamentos e sobre o uso correto de substâncias, sobre os riscos apresentados pelas máquinas e os materiais, e sobre as características perigosas das substâncias químicas, dos agentes ou dos produtos físicos ou biológicos, assim como instruções sobre a forma de prevenir os riscos conhecidos; c) façam estudos e pesquisas, ou se mantenham a par de qualquer outra forma, da evolução dos conhecimentos científicos e técnicos necessários para cumprir com as obrigações expostas nos itens a) e b) do presente artigo.

[...]

Artigo 14. Medidas deverão ser adotadas no sentido de promover, de maneira conforme à prática e às condições nacionais, a inclusão das questões de segurança, higiene e meio ambiente de trabalho em todos os níveis, médio e profissional, com o objetivo de satisfazer as necessidades de treinamento de todos os trabalhadores.

[...]

Artigo 16. 1. Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores. 2. Deverá ser exigido dos empregadores que, na medida que for razoável e possível, garantam que os agentes e as substâncias químicas, físicas e biológicas que estiverem sob seu controle não envolvem riscos para a saúde quando são tomadas medidas de proteção adequadas. 3. Quando for necessário, os empregadores deverão fornecer roupas e equipamentos de proteção adequados a fim de pre-

venir, na medida que for razoável e possível, os riscos de acidentes ou de efeitos prejudiciais para a saúde.

[...]

Artigo 21. As medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores.

Destaque-se que o artigo 13 determina o direito de interrupção do trabalho por parte do trabalhador caso haja perigo grave e iminente para sua saúde (princípio da exceção do contrato não cumprido). Seguindo essa mesma finalidade legal (proteção da saúde do trabalhador), é o que dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 483, “c”, com a possibilidade de demissão indireta pelo risco manifesto de mal considerável.

3 As normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego – NRs

A proteção do meio ambiente no ordenamento jurídico nacional começa nos princípios do Texto Supremo e desce para a legislação infraconstitucional (ex. Consolidação das Leis do Trabalho nas normas de medicina e segurança do trabalho). Mas isso não basta, é necessária uma regulamentação técnica, pormenorizada. Não basta, por exemplo, que a norma infraconstitucional exija o fornecimento e fiscalização do uso de equipamentos de proteção individual, é imprescindível que se diga qual equipamento é adequado para cada função específica. Com efeito, as normas do artigo sétimo da Lei Maior que versam sobre meio ambiente laboral não exigem apenas leis, exigem estas e normas regulamentadoras.

Tendo isso e a alteração implementada pela Lei 6.514/77 (alterou o artigo 200 da Consolidação das Leis do Trabalho para permitir que o Ministério do Trabalho e Emprego pudesse complementar a legislação) em vista, legitima-se o entendimento que as normas regulamentadoras elaboradas por esse órgão do Poder Executivo através da Portaria nº 3.214/78 e suas posteriores alterações possuem fundamento constitucional e legal, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da legalidade consagrado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Passamos agora à análise das principais normas regulamentadoras, a começar pela NR nº 1, que introduz normas gerais sobre o meio ambiente do trabalho. A crítica que se faz aqui é no sentido de que a NR em apreço dá a entender que seria aplicável apenas para empregados e avulsos, o que é completa-

mente inaceitável, conforme fartamente demonstrado. O direito ao meio ambiente saudável é um direito de todos, independentemente de qualquer aspecto. Notadamente difuso, o direito à qualidade ambiental pode ser exigido indistintamente por qualquer indivíduo que seja passível aos efeitos negativos do ambiente em questão.

As Normas Regulamentadoras nº 2 e nº 3 instrumentalizam o poder de polícia no ambiente laboral. De um lado a NR nº 2 regulamenta o artigo 160 da Consolidação das Leis do Trabalho (inspeção prévia para início de atividade laboral), tratando de poder de polícia de caráter preventivo. De outro lado a NR nº 3 pragmatiza o artigo 161 do mesmo diploma legal (interdição de estabelecimento e embargo à obra em face de grave e iminente risco para o trabalhador), versando sobre poder de polícia com finalidade repressiva.

Estas NRs nº 2 e nº 3 refletem o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos que se revela como uma exceção à vedação constitucional do exercício arbitrário das próprias razões. A regra é que diante de pretensão resistida recorra-se ao Poder Judiciário.

Com caráter eminentemente preventivo, as Normas Regulamentadoras nº 4 e nº 5 regulam dois órgãos que se complementam, o Serviço Especializado de Engenharia, Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT (artigo 162 da CLT) e a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA (artigo 163 da CLT). Os órgãos são essenciais um ao outro na medida em que o primeiro é formado por um corpo técnico responsável por soluções técnicas relativas aos efeitos negativos para a saúde do trabalhador e o segundo é composto por representantes dos trabalhadores e do empregador, tendo por atribuição o fornecimento dos dados práticos que são indispensáveis para que o primeiro (SESMT) possa identificar os efeitos negativos e indicar as medidas extintivas ou mitigadoras a serem tomadas.

A Norma Regulamentadora nº 6 especifica a utilização de equipamentos de proteção individual, determinando questões relacionadas à qualidade e especificidade dos equipamentos. Determina que compete ao SESMT indicar qual é o equipamento adequado após ouvida a CIPA.

Por fim, terminando o estudo das principais Normas Regulamentadoras do ambiente laboral, temos as NRs nº 7 e nº 9 disposta, respectivamente, sobre o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional e o Programa de Prevenção de Risco Ambiental. Tais NRs impõem a elaboração e implementação dos programas visando à promoção e preservação da saúde e da integridade de todos os trabalhadores. Assim como o SESMT e a CIPA,

os programas aqui tratados também são complementares entre si. O primeiro vincula-se com exames médicos dos trabalhadores, acompanha o ser humano. Já o segundo acompanha o meio ambiente, visando eliminar ou minimizar o risco ambiental.

Nesse momento é pertinente discorrermos a respeito do denominado Atestado de Saúde Ocupacional – ASO. Esse documento é expedido pelo médico do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional e viabiliza a convivência harmônica entre o direito ao meio ambiente do trabalho não poluído e o direito à intimidade e vida privada. Explico: o médico é contratado pelo empregador e tem o dever de sigilo da intimidade e vida privada dos trabalhadores a que teve acesso; portanto, as informações relativas à intimidade e vida privada do trabalhador ficam com o médico, que só encaminha ao empregador o Atestado de Saúde Ocupacional, que se limita a dizer se oobreiro está apto ou não.

4 Aplicação e efetivação dos princípios da prevenção e precaução

4.1 Os princípios ambientais da prevenção e precaução aplicados no meio ambiente do trabalho

Na busca da efetivação da proteção ao meio ambiente e com fundamento na irreversibilidade do dano ambiental (possibilidade de morte ou invalidez permanente do trabalhador), dois dos mais importantes princípios ambientais são a prevenção e a precaução, ambos previstos na declaração sobre o meio ambiente do Rio de Janeiro em 1992, e este último, disposto, ainda, na Lei de Crimes Ambientais.

Esses princípios levam em consideração o binômio de direito ambiental da prevenção e reparação. Assim, o objetivo é evitar o dano, caso frustrado e o prejuízo efetivamente ocorra, secundariamente, busca-se a reparação.

Prevenção vem do verbo prevenir, que significa agir antecipadamente. Logo, são impostas medidas acautelatórias e estas só se tornam possíveis com dados, informações e pesquisas.

A prevenção e a precaução se concretizam, basicamente, através de estudos prévios sobre os agentes danosos (possíveis – precaução – e comprovados – prevenção) presentes no ambiente de trabalho e seus efeitos no trabalhador. Com esses dados em mãos, passa-se a analisar científica e pragmaticamente medidas extintivas ou, quando não for possível, mitigadoras dos agentes negativos. Por exemplo, a responsabilidade atribuída ao empre-

gador pelo fornecimento e fiscalização do uso de equipamentos de proteção individual e coletiva reflete a preocupação da legislação trabalhista com esses princípios.

Os princípios em questão não se confundem, uma vez que enquanto a prevenção trabalha com um dano certo, conhecido (ou porque já ocorreu ou em face da existência de pesquisas científicas conclusivas de que aquele dano decorre daquela atividade), a precaução trabalha com o perigo em abstrato, com o dano desconhecido, incerto (campo onde a ciência não dispõe de pesquisas conclusivas sobre os efeitos da atividade).

Observe-se que a precaução adota o chamado *in dubio pro ambiente*, onde a inexistência de conhecimento dos possíveis efeitos danosos da atividade a impede de ser exercida, sendo ônus do empreendedor comprovar o conhecimento científico desses efeitos (inversão do ônus da prova).

Neste sentido, defendemos que caso o empregador não comprove a certeza científica dos efeitos danosos da atividade aos trabalhadores ficará impedido de exercer essa atividade. Não podemos esperar que o dano ocorra para depois adotarmos medidas preventivas. Diante da incerteza dos efeitos danosos da atividade, esta não deverá ser realizada.

O bem jurídico tutelado pela proteção ao meio ambiente laboral é a qualidade de vida do trabalhador. Portanto, se no direito ambiental em seu aspecto natural, artificial e cultural é praticamente uníssona a aplicação do princípio da precaução, da mesma forma esta deve se dar na órbita do ambiente laboral, já que em todas as hipóteses o ordenamento visa salvaguardar o bem maior vida.

Nos dias atuais, o trabalho é cada vez mais tenso, denso e intenso. Tenso na medida em que se exige o cumprimento de metas e cronogramas preestabelecidos. Denso porque o trabalhador concentra um maior número de atividades dentro de uma única função. Intenso haja vista a transformação do obreiro pela sociedade em que vivemos em um viciado em trabalho.

No sistema econômico capitalista em que vivemos no Brasil, precisamos expor aos empregadores o impacto positivo que a adoção da prevenção e da precaução no meio ambiente do trabalho trará para sua atividade. Uma vez que fique patente o aumento dos lucros e diminuição das perdas (a ex. da ação regressiva do Instituto Nacional do Seguro Social) decorrente da melhor qualidade de vida proporcionada aos trabalhadores, teremos um grande aliado na efetivação desse direito fundamental.

4.2 Papel do Ministério Público do Trabalho em homenagem aos princípios da prevenção e da precaução no meio ambiente do trabalho

O Ministério Público é previsto constitucionalmente como função essencial à jurisdição, na medida em que esta não existe sem autor. Isso ocorre uma vez que vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio da inércia como decorrência do devido processo legal.

Na verdade, o constituinte disse menos do que deveria, o ideal seria dizer que o *Parquet* é essencial à existência do Estado, pois não existe Estado Democrático de Direito sem proteção dos direitos fundamentais e o Ministério Público protege tais direitos. Além disso, algumas atribuições da Instituição Ministerial não são voltadas ao Poder Judiciário, a exemplo dos Termos de Ajustamento de Conduta (ligação com a justiça em sentido amplo).

O Ministério Público do Trabalho tem natureza de órgão não governamental extrapoder responsável pela defesa da sociedade. A função institucional do *Parquet* tem por objeto essencial os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos indisponíveis. Assim, a tutela do meio ambiente do trabalho, que se caracteriza como um direito difuso, é consagrada atribuição do Órgão Ministerial Trabalhista que deve se pautar em todos os princípios ambientais na sua atuação.

Pretendemos neste trabalho apontar uma direção na efetivação dos princípios da prevenção e precaução no meio ambiente do trabalho. Para tanto, traremos alguns exemplos da atuação do Ministério Público do Trabalho nesse particular, tentando demonstrar seus benefícios e meios adotados.

O primeiro passo no sentido da prevenção e da precaução, como estudado no capítulo anterior, é a obtenção dos dados e informações necessários para que se possa adotar a estratégia adequada. Não há prevenção sem informação.

Consequentemente, os dados fornecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) no Certificado de Aprovação de Instalações (CAI) (artigo 160 da Consolidação das Leis do Trabalho e Norma Regulamentadora nº 2 do MTE), as informações correspondentes à fiscalização *in loco* realizada pelos membros do Ministério Público e as conclusões científicas são indispensáveis para que o Ministério Público do Trabalho possa angariar informações confiáveis e estudar a medida cabível para a prevenção e a precaução ambientais.

Com os dados necessários em mãos, o *Parquet* estudará qual será a conduta a ser tomada de acordo com as peculiaridades do

caso concreto. A partir daqui, enfrentará, a princípio, a questão de ser o caso de adotar o princípio da prevenção ou o princípio da precaução. Existem estudos científicos conclusivos sobre os efeitos negativos da atividade nos seres humanos? O empregador comprovou que existem tais estudos? Caso a resposta seja negativa, aplica-se a precaução, sendo que o caminho a seguir é o da interdição do estabelecimento ou embargo da obra (artigo 161 da Consolidação das Leis do Trabalho e Norma Regulamentadora nº 3 do Ministério do Trabalho e Emprego).

No caso de conhecimento dos efeitos da atividade (ou porque o dano já ocorreu ou porque existem pesquisas científicas conclusivas de que aquele dano decorre daquela atividade) aplicar-se-á a prevenção ambiental.

Nas palavras de Leite (2006, p.172-173):

O Ministério Público do Trabalho, norteando-se no conceito de saúde elaborado pela Organização Mundial de Saúde – OMS (estado completo de bem-estar físico, mental e social), nas normas relativas ao trabalho, à saúde e à segurança regulamentadas pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificadas pelo Brasil, e naquelas previstas na Constituição da república e na legislação infra-constitucional, tem exigido meio ambiente de trabalho adequado nas instalações das empresas, de forma a prevenir os riscos de acidentes com o trabalho perigoso, penoso e insalubre.

Os intervalos estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho – a exemplo do intervalo interjornada (artigo 66), descanso semanal remunerado (artigo 67), intervalo intrajornada (artigo 71) e férias (artigo 129 e seguintes) – também visam preservar a saúde física e psicológica do trabalhador.

Outro aspecto importante relaciona-se com o assédio moral no ambiente de trabalho. Essa prática deplorável gera graves lesões ao trabalhador, que tem sua qualidade vida abalada e, muitas vezes, não consegue encontrar uma saída dessa situação. Embora não exista lei específica regulando a matéria, a tutela contra essa conduta se dá com base em direitos fundamentais previstos na Constituição, entre eles o da prevenção.

Nessa situação específica do assédio moral, a elaboração e divulgação de cartilhas com conceitos e consequências dessa prática abusiva é uma boa linha a seguir na busca de extirparmos tal prática do dia a dia do trabalhador brasileiro. Por exemplo, caso o empregador tenha conhecimento de que pode sofrer uma condenação por dano moral coletivo, fiscalizará intensamente seu

estabelecimento para que tal tipo de dano não ocorra. Como já foi dito anteriormente, precisamos que o empregador fique do nosso lado na defesa do meio ambiente laboral com higidez. Esse apoio patronal é de suma importância na proteção desse direito fundamental do trabalhador.

Tendo tudo o que foi exposto em vista, nos casos em que esteja envolvida a qualidade de vida no meio ambiente do trabalho, cabe ao Ministério Público do Trabalho a fiscalização e o controle do respeito às prescrições legais e constitucionais pelos empregadores visando à prevenção e precaução. Isso pode ocorrer através de diversos instrumentos, como cartilhas e cursos informativos sobre os riscos ambientais e as medidas de prevenção; forças-tarefa para fiscalização de estabelecimentos; procedimentos preparatórios de inquérito civil; inquérito civil; termos de ajustamento de conduta; ações civis públicas; entre outros.

Conclusão

A Carta Fundamental confere a todos o direito ao meio ambiente não poluído, seja no *caput* do seu artigo 225 (norma-matriz), seja nos parágrafos deste mesmo artigo 225 (normas de garantia e efetivação e normas específicas), seja nos artigos 200, VIII (atuação do poder público na proteção do meio ambiente do trabalho), 170, VI (proteção do meio ambiente como princípio da ordem econômica), 5, XXIII (função social da propriedade), 186, II (respeito ao meio ambiente previsto expressamente como requisito para o cumprimento da função social da propriedade rural) e 7º, XXII, XXIII e XXVIII (ordem de incisos que privilegia a prevenção – respectivamente: redução dos riscos inerentes ao trabalho através de normas de saúde, higiene e segurança; adicionais pelo exercício de atividades prejudiciais à saúde do trabalhador; e seguro por acidente de trabalho e sua indenização).

No plano internacional de normas, o meio ambiente laboral ganha destaque no tratado internacional conhecido como Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais celebrado em Nova York no ano de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992. Ao lado dessa norma internacional temos também previsão do meio ambiente do trabalho nas Convenções nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho.

O próprio legislador constitucional percebeu que as normas ambientais infraconstitucionais exigiriam normas regulamentares e previu essa possibilidade nas normas constitucionais. Para não

restar dúvida, também o legislador infraconstitucional previu expressamente a possibilidade de regulamentação da legislação (Lei 6.514/77). Sendo assim, com fundamento constitucional e legal (o que afasta a tese de violação ao princípio da legalidade), as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego estabelecem meios para efetivação dos princípios objeto deste trabalho regulamentando as normas infraconstitucionais de saúde, higiene e segurança do ambiente laboral.

Os princípios da prevenção e precaução ambientais (previstos na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 e, o da precaução, também na Lei de Crimes Ambientais) se baseiam no binômio prevenção-reparação, isto é, o primeiro objetivo é evitar que o dano ocorra agindo antecipadamente; apenas secundariamente, caso o dano ocorra, é que exigiremos a reparação.

A distinção desses princípios é no sentido de que a prevenção lida com o dano certo, enquanto a precaução lida com o dano incerto.

A concretização de tais postulados exige dados, pesquisas e informações científicas. Somente assim será possível agir antecipadamente.

A incerteza científica impede o exercício da atividade laboral pela aplicação do princípio da precaução (*in dubio pro ambiente*).

O Ministério Público do Trabalho tem fundamental importância na concretização de tudo o que foi exposto neste trabalho na medida em que é, eminentemente, responsável pela fiscalização, controle e promoção dos direitos fundamentais transindividuais, conceito que abrange o meio ambiente laboral.

Dispondo de vários instrumentos judiciais (p. ex., ação civil pública) e extrajudiciais (p. ex., termos de ajustamento de conduta, inquérito civil), o Parquet tutela os direitos sociais e individuais indisponíveis demonstrando a relevância da existência da instituição para um verdadeiro Estado Democrático de Direito. A proteção do meio ambiente com higidez e segurança reflete interesse público primário, tendo em vista, por exemplo, a diminuição de demandas previdenciárias (menos benefícios), a redução da demanda do serviço de saúde do Estado (ambiente saudável, trabalhador mais saudável), maior produtividade (qualidade ambiental do trabalho gera funcionários mais motivados) etc.

Referências

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho:** doutrina, jurisprudência e prática: ação civil pública, ação anulatória, inquérito civil. 3^a ed. São Paulo: LTr, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Medicamentos com isonomia

Nanaidê Fidalgo Souza

*Advogada em São Paulo
Especialista em Direito Constitucional
pela PUC-SP*

RESUMO

A Constituição é muito abrangente, fato que resulta na judicialização, contudo as ações individuais que solicitam medicamentos básicos sobrecarregam o Poder Judiciário com demandas repetitivas, gerando muitas vezes insegurança em decorrência de sentenças diversas. O enfoque do trabalho é a solução de tal problema, que seria ingressar com uma ação coletiva, mais especificamente uma Ação Civil Pública, a fim de alterar a lista de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, fornecendo medicamentos melhores a todos. Vale frisar que tal fato não impediria a propositura das ações individuais, mas limitaria a casos excepcionais.

Palavras-chave: Lista de medicamentos do SUS. Orçamento público. Isonomia. Judicialização.

ABSTRACT

The Constitution is very comprehensive, fact which results in judicialization, however individual actions requesting basic drugs overload the judiciary with repetitive demands, generating insecurity due to several sentences. The focus of the work is the solution of this problem would be to join a class action lawsuit, more specifically a public civil action in order to change the list of drugs supply by the Unified Health System, providing the best medicines for all. It is worth noting that this fact does not preclude the filing of individual actions, but would limit exceptions.

Keywords: List of drugs SUS. Public budget. Equality. Judicialization.

Introdução

O Poder Executivo em diversas vezes se omite ao não aplicar ou planejar de forma devida o orçamento público destinado à saúde, criando oportunidade aos demais Poderes de se manifestarem, a fim de concretizar os mandamentos constitucionais.

No cotidiano, quando há inércia do Poder Executivo, a socie-

dade recorre ao Poder Judiciário, em virtude da judicialização, já que o direito à saúde é um direito de todos e deve ser fornecido de forma isonômica pelo Estado.

O Poder Judiciário respalda apenas o direito de quem o provoca, quem ingressa com demanda judicial, fornecendo o mesmo direito de forma diferente para as pessoas, beneficiando o indivíduo em detrimento da coletividade. Assim, há prejuízo para quem não ingressa na justiça.

Vale destacar que os órgãos públicos visam concretizar o direito social da saúde previsto na Constituição de forma igualitária, beneficiando toda a sociedade conforme a igualdade real.

Este trabalho pretende debater como isso é possível.

1 Saúde na Constituição Federal

1.1 Direitos fundamentais

Figueiredo (2006) afirma que os direitos fundamentais são as almas da Constituição, que vinculam os três Poderes, os órgãos públicos e os privados, em decorrência da previsão legal do artigo 5º, § 1º da Constituição, que prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão no princípio da dignidade da pessoa humana, por irradiar do núcleo essencial dos atos normativos. Tais direitos possuem uma carga axiológica típica de norma-princípio, motivo pelo qual se limitam reciprocamente, através da proporcionalidade, a fim de gerar uma maior efetividade.

Esses direitos fornecem critérios para determinar o mínimo de benefícios a ser disponibilizado para cada indivíduo, ficando a depender da atuação legislativa, para esta definir o conteúdo, de acordo com as prioridades políticas, levando em consideração a escassez dos recursos.

Cabe ressaltar que não existem direitos absolutos, todos possuem limites e restrições – um dos limites decorre do custo que todos os direitos geram –, fato que resulta na colisão de direitos. Utiliza-se a ponderação para solucionar o caso concreto. Não há previsão expressa na Constituição da ponderação, mas os órgãos superiores a têm aplicado com a finalidade de minimizar a arbitragem.

A doutrina majoritária, como Bonavides (2014), divide os direitos fundamentais em três gerações, em direitos individuais, sociais e coletivos. Vale ressaltar que os direitos de segunda geração estão relacionados às prestações do Estado, em que as liberdades formais abstratas passam a ser liberdades materiais concretas.

Dentro dos direitos fundamentais, destaca-se a saúde, por sua notável importância, diante do poder e do dever Estatal de garantir tais direitos. O doutrinador Sarlet (2003) afirma que o direito à saúde é um direito fundamental em relação tanto ao direito de defesa quanto ao direito de prestação.

O direito de defesa à saúde visa à proteção desta, através de sua garantia e manutenção, enquanto o direito de prestação à saúde consiste em assegurar tal direito, visando a sua atividade fim, através de prestações de serviços e de fornecimentos de materiais, em que ambos necessitam da disponibilização de políticas públicas.

O Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão da Tutela Antecipada 175, concluiu que os direitos fundamentais não proíbem apenas a intervenção, mas transmitem um postulado de proteção, destacando que há uma proibição de excesso acrescida da proibição de proteção insuficiente.

Ressalta-se que a proibição de excesso visa ao desenvolvimento do direito fundamental, enquanto a proibição de insuficiência visa à eficiência de tal direito.

Conclui-se que a Constituição, além de prever, destina uma atenção especial aos direitos fundamentais, que se dividem em gerações; sendo que a segunda geração visa aos direitos sociais, que se baseiam no princípio da igualdade.

1.2 Direitos sociais

Silva (1998) afirma que os direitos sociais requerem que as políticas públicas visem à coletividade, à sociedade, fato que não ocorre na realidade, pois os magistrados não possuem informações essenciais para concretizar tal objetivo.

O Ministro Gilmar Mendes, na STA 175, afirma que os direitos sociais devem ser analisados conforme a necessidade de cada indivíduo, fato que definirá a prestação devida pelo Estado, pois gastar mais recursos com uns faz parte do critério distributivo, contudo o ministro não ponderou a isonomia, não podendo sobrepor o direito individual ao coletivo.

Rocha (1999) diferencia os beneficiários dos direitos sociais em sociedade e cidadão, onde o primeiro se refere a todos e o segundo ao indivíduo. Ele ainda afirma que os recursos financeiros do Estado são escassos para as políticas públicas necessárias à saúde da sociedade, contudo o cidadão em estado de penúria e necessidade incontornável e imediata deve ter seu direito social exercido.

O professor Lopes (2001) destaca que os direitos sociais não se concretizam com a mera adjudicação, mas com as políticas pú-

blicas, não bastando saber quais são os direitos, havendo a necessidade de implementá-los, através de dispêndio de recursos públicos.

Ferraz (2008) frisa que a escassez de recursos não pode inviabilizar os direitos sociais, todavia são feitas escolhas, pois não é possível prover todos os direitos sociais em grau máximo a todas as pessoas.

Conclui-se que os direitos fundamentais são exercidos através dos direitos sociais, que utilizam a proteção e garantias fornecidas pelo Estado, nesta avaliação utilizando o Poder Judiciário para aplicar a determinação constitucional. A grande busca é por uma vida digna, que se concretiza quando há saúde.

1.3 Direito à saúde

Noronha, Lima e Machado (2008) afirmam que o direito à saúde é uma concepção ampla, onde o Estado garante esse direito através do Sistema Único de Saúde, que faz parte da estrutura institucional e decisória para a concretização da democracia, pelo compartilhamento da gestão do sistema de saúde.

Sarlet (2003) destaca a dificuldade de identificar o objetivo do direito à saúde e consequentemente as obrigações devidas pelo Estado. Indaga se a prestação à saúde abrange qualquer tipo de prestação ou se está limitada às prestações vitais. A fim de resolver tal questionamento, analisa quais prestações não podem deixar de ser promovidas pelo Estado, sendo estas as necessárias para uma vida digna.

A Constituição de 1988 elencou a saúde como um direito social e a detalhou nos artigos 196 a 200, no capítulo da seguridade social, contudo tal fato foi criticado, pois a Constituição deve servir exclusivamente para prever diretrizes e parâmetros gerais, deixando as minúcias ao campo infraconstitucional.

A Constituição de 1988 efetuou uma ampla proteção à saúde, ao prever como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, III, além de assegurar a inviolabilidade do direito à vida no artigo 5º, *caput*, e no § 1º prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Os doutrinadores Carvalho e Santos (2006) destacam que o legislador constituinte salientou a saúde como um estado de bem-estar prioritário, por ser uma condição fundamental para gozar dos demais direitos.

A Constituição no artigo 196 atribui ao Estado o dever de garantir, a todos, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, o direito à saúde de forma integral e igualitária, incluindo a

assistência farmacêutica. Tal atribuição do Estado é exercida pelo Sistema Único de Saúde.

1.4 Separação do direito à saúde: atendimento e medicamento

O SUS teve sua criação prevista pela Constituição de 1988 e foi regulamentado pelas Leis Orgânicas nº 8.080/90 e nº 8.142/90, com o objetivo de diminuir a desigualdade na assistência à saúde.

A Constituição raramente distingue a saúde do atendimento e do medicamento. A Lei 8.080/90 prevê nas atribuições do Sistema Público a assistência farmacêutica, frisando o acesso aos medicamentos necessários para a manutenção e o restabelecimento da saúde.

A assistência farmacêutica básica deve estar continuamente disponível à sociedade que dela necessita, sendo o produto indispensável para atender aos problemas mais comuns de saúde da população.

Os medicamentos elencados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) estão disponíveis gratuitamente para os pacientes nas farmácias do SUS, basta uma receita médica, de médico de uma unidade básica de saúde ou de um hospital do Sistema Único de Saúde.

Caso o paciente necessite de um medicamento de atenção básica que consta do Rename, mas que esteja em falta, conforme o site Portal Saúde, a pessoa deve ir até a Secretaria de Saúde e solicitar o medicamento, onde teoricamente não faltará medicamento a ninguém.

Para que não ocorra a falta de medicamento, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando, como na STA 81, de forma que seja competência da Administração Pública gerenciar as ações na área da saúde, a fim de haver maior controle.

A União produz as normas gerais, cabendo aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios delimitar as normas específicas, de acordo com as peculiaridades regionais e locais, tanto que as Leis Orgânicas nº 8.080/90 e nº 8.142/90 são de âmbito federal, desempenhando o papel de norma geral do SUS, possuindo um papel primário.

Os Municípios não possuem verba suficiente para suportar o encargo da manutenção da saúde de todos, motivo pelo qual restringem o fornecimento de medicamentos à Rename.

1.5 Lista de medicamento do Sistema Único de Saúde

Oliveira, Bermudez e Castro (2007) destacaram que a política de distribuição de medicamentos se inicia com a escolha dos medi-

camentos que serão distribuídos na rede pública. Tal escolha avalia a melhor evidência farmacológica clínica, estuda-se a eficácia, a efetividade e a segurança dos medicamentos, além de analisar o custo-benefício, havendo um comparativo entre economia e disponibilidade no mercado. Após tais estudos é que um medicamento consta da Renome, lista de medicamentos básicos do SUS.

A Organização Mundial da Saúde define medicamentos essenciais como os que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias epidemiologicamente da população. Estes devem ser fornecidos constantemente, por refletir as necessidades coletivas e não somente segmentos específicos.

No Brasil os médicos possuem o hábito, ao prescreverem medicamentos, de indicar o nome comercial, fato que dificulta o uso do medicamento genérico, contrariando a previsão do artigo 3º da Lei nº 9.787/99.

O Poder Público, normalmente, consegue disponibilizar regularmente o remédio, contudo, por possuir o nome comercial, tal cumprimento não é possível, por determinar o laboratório e não apenas o princípio ativo do medicamento; assim como o Formulário Terapêutico Nacional, que orienta os médicos em relação ao manuseio de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado.

Vieira e Zucchi (2007) elaboraram uma pesquisa, concluindo que grande número das decisões judiciais fornecem medicamentos que não estão previstos na lista do SUS e, desses fornecidos, muitos possuem substitutos mais baratos, os genéricos, mas mesmo assim são concedidos os mais onerosos. Além disso, quanto aos concedidos por magistrados, a comercialização não foi sequer autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pois a efetividade não foi comprovada.

O Ministro Luiz Fux, no Mandado de Segurança 8895, defendeu que os pareceres médicos não podem ser determinantes para se negar o financiamento do tratamento, pois em outros países já há resultados positivos, sendo um “fato notório”. O Ministro induz que a burocracia, em vez de gerar uma segurança, apenas dificulta o acesso, fato que não condiz com a realidade, pois de fato o tratamento pode ter um sucesso aparente, mas se desconhecem seus efeitos colaterais, que podem ser gravosos à saúde do paciente.

Conclui-se que nem sempre o Poder Público atende as necessidades do indivíduo, seja em decorrência da peculiaridade da doença, por necessidade de medicamento especial ou simplesmente pelo fato de o medicamento não constar da Renome; fato que enseja demanda judicial. Contudo, no último caso o adequado é uma ação coletiva, afinal todos têm direito a tal medicamento,

devendo este passar a constar da Rename, respeitando o princípio da isonomia.

2 Efetividade do direito à saúde

2.1 Orçamento público

Os entes federados devem respeitar a previsão orçamentária, em decorrência do princípio da legalidade, e o Estado possui o dever de efetivar e proteger a dignidade das pessoas, para isso é necessário haver saúde.

O Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF, destaca o encargo governamental de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, com base no binômio razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, pois se faltar algum requisito o Estado não possuirá condições de colocar em prática tais direitos.

Os gastos públicos voltados para medicamentos têm aumentado a cada ano, muitas vezes sem planejamento, como é o caso da compra ordenada via ação judicial.

A *Folha de S.Paulo* em 2007 publicou uma reportagem do Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que afirmou que os Estados gastaram em média 500 milhões de reais por ano apenas para cumprir as decisões judiciais referentes a medicamentos e tratamentos médicos.

O jornal fez uma comparação, informando que os 86 milhões de reais gastos no Brasil beneficiaram apenas 10 mil pacientes, enquanto o gasto governamental federal total, 284 milhões de reais, beneficiou 250 mil pessoas do programa dos medicamentos mais caros distribuídos pelo SUS.

Os magistrados não percebem que, ao proferir uma decisão que obriga o Estado a utilizar os recursos para fornecer um bem de saúde com o objetivo de proteger o direito de um indivíduo, possivelmente estarão restringindo o direito à saúde de uma coletividade.

O Ministro Gilmar Mendes, na Suspensão da Tutela Antecipada 175, ressaltou que o alto custo do medicamento não é justificativa para o não fornecimento, diante da Política de Dispensação de Medicamentos Excepcional, que visa justamente à população acometida por enfermidades.

Alexy (2008) afirma que o Estado deve fornecer ao indivíduo exatamente o que ele pode exigir da sociedade, de forma que mesmo havendo recursos disponíveis não haverá obrigação do Estado se extrapolar os limites do razoável.

Conclui-se que o orçamento público anual prevê os gastos do Estado naquele ano, contudo, diante de uma situação inesperada, como uma determinação judicial, é necessário remanejar os gastos públicos predefinidos e, muitas vezes, tal alteração não é viável, sendo alegada a reserva do possível pelos entes públicos.

2.2 Reserva do possível

A partir dos anos 2000 discursava-se a respeito da impossibilidade da justificativa da reserva do possível como impedimento à efetivação dos direitos sociais, contudo todos concordam com o fato de os direitos sociais necessitarem de custos. Atualmente não se tem mais o entendimento de tal impossibilidade, tanto que tem sido aplicada em sentido contrário, variando conforme o caso concreto.

Lima (2001) define reserva do possível como uma construção da doutrina alemã que visa à possibilidade e extensão da efetivação dos direitos sociais e fundamentais, diante da disponibilidade dos recursos públicos.

Gouvêa (2010) distingue a reserva do possível em fática e jurídica. A primeira trata da falta de recursos financeiros, já a segunda refere-se ao contingenciamento financeiro dos direitos prestacionais, onde às vezes há recurso financeiro, contudo falta previsão orçamentária que destine o valor para aquela determinada área.

O artigo 167, I da Constituição veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, além de o inciso II do mesmo artigo vedar a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, assim como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, conforme inciso VI do referido artigo, fato que demonstra a preocupação do constituinte originário em manter o planejamento de todas as despesas, a fim de se alcançar o todo esperado. Contudo, como a previsão orçamentária e o direito fundamental encontram-se no mesmo patamar hierárquico, há conflito de normas, no qual o magistrado pende a beneficiar o direito fundamental diante da superioridade axiológica.

O doutrinador Sarlet (2003) admite a existência de limites à concretização dos direitos sociais, no entanto tais limites devem ser relativizados conforme o caso concreto, de modo que a reserva do possível só pode ser aplicada na parte flexível dos direitos fundamentais, na parte que sofre evolução consonante com as escolhas políticas da sociedade.

Diante de um caso concreto, o Estado sempre se mostrará detentor de recursos suficientes, entretanto as pluralidades de ações individuais geram um gasto imenso. Se forem manejadas ações coletivas, obter-se-á maior abrangência, além do fato de a ação coletiva diminuir a discricionariedade do Poder Executivo e gerar uma participação indireta na elaboração orçamentária das políticas públicas, visando à diminuição da limitação da reserva do possível ao longo do tempo.

2.3 Isonomia

Conforme mencionado pelo Ministério da Saúde brasileiro, houve uma grande evolução na saúde mundial nos últimos anos, contudo os benefícios estão mal distribuídos entre os países.

Pogge (2010) destaca o fato de haver muitas doenças já controláveis, mas que continuam a resultar até mesmo em mortes, que seriam evitáveis se houvesse o acesso às ferramentas e tecnologias existentes. Atualmente um terço das mortes está relacionado à pobreza, seja de maneira direta ou indireta.

A Constituição prevê o princípio da universalidade, do acesso igualitário e universal em relação ao direito à saúde, independente da extensão territorial e da densidade populacional do Brasil, devendo-se garantir políticas públicas contínuas e eficazes a toda a sociedade, de forma integral.

O direito à saúde do ponto de vista social visa à igualdade, através de limitações para que todos tenham os mesmos direitos concretizados, porém a tutela judicial gera disparidades na distribuição dos recursos destinados à saúde, pois aplica quantia significativa dos recursos do Sistema Único de Saúde a uma pequena parcela populacional.

As autoras Vieira e Zucchi (2007) fizeram uma pesquisa sobre as ações judiciais com pedido de fornecimento de medicamentos em face da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo no ano de 2005 e chegaram à conclusão de que 54% das ações foram defendidas por advogados privados e 63% dos requerentes moravam em áreas com menor grau de exclusão, restando nítido o acesso desigual aos bens públicos.

O professor Sarlet (2003) afirma que a função dos direitos sociais é garantir a prestação de serviço por parte do Estado à sociedade, de forma a assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas, visando ao núcleo comum a todos, algo que mantenha a estrutura social, independente da hipерcomplexibilidade da sociedade, pelo fato de formarem uma única organização política.

O ato do Poder Judiciário em dar efetividade ao direito à saúde, normalmente, gera um desrespeito ao princípio da igualdade, pois quem está na fila de espera é preterido, uma vez que a decisão judicial ordena o atendimento para aquele cidadão que buscou o Poder Judiciário.

O grande problema da judicialização da saúde é que o Poder Judiciário só se manifesta diante provocação, fato que gera a exclusão das pessoas que permanecem inertes, aguardando nas filas, além de as decisões, normalmente, visarem a um bem singular, e não a um coletivo.

Quem possui informação e escolaridade, conhece os seus direitos e, consequentemente, recorre ao Poder Judiciário. As pessoas com pouca instrução, mesmo quando possuem consciência de seus direitos, tendem a hesitar em recorrer ao Judiciário, seja por acreditar que se trata de procedimentos complicados, com formalismos, seja, até mesmo, por considerar os ambientes intimidadores.

A falta de isonomia pode ser atenuada com o aumento do diálogo entre os Poderes Judiciário e Executivo, pois haveria um debate, com maior entendimento, referente às questões médicas, científicas, orçamentárias, de justiça distributiva, assim como à Rename, entre outros pontos necessários para se atingir um resultado isonômico.

3 Aplicação do direito à saúde

3.1 Ação civil pública

Meirelles (1988) destaca se tratar de um instrumento processual que protege os interesses difusos da sociedade, não amparando os direitos individuais nem reparando prejuízos causados por particulares.

Possui como objetivo a prevenção ou até mesmo a repressão aos danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração econômica; à ordem urbanística.

Vale observar que o uso da ação civil pública evita julgamentos contraditórios em casos semelhantes, aumentando a segurança jurídica, além de gerar uma grande economia processual.

O inquérito civil antecede a ação civil pública, visando a um diálogo entre as partes para permitir que a Administração corrija eventual falha de sua parte através de um Termo de Ajustamento de Conduta, mas, caso não haja uma solução prévia, fornece ao magistrado informações com melhor embasamento técnico.

A ação civil pública possui menor custo e uma velocidade diferenciada, sendo mais eficaz, além de permitir que interesses mais difusos e menos organizados se manifestem. Dworkin (1996) reforça tal ideia ao afirmar que alguns cidadãos podem contribuir mais em debates públicos do que por meio de um único voto, em relação ao Poder Legislativo.

As ações coletivas, em específico as ações civis públicas, superam a dicotomia entre ganhador e perdedor, posto que buscam uma negociação, através do diálogo entre os Poderes, com objetivo de ganho coletivo.

Assim, Poder Judiciário se torna uma opção para a solução de conflitos coletivos, alterando o relacionamento entre os Poderes.

Conclui-se que a ação civil pública é o instrumento processual hábil para se provocar o Poder Judiciário, a fim de garantir o interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, no qual a decisão judicial é extensível a todo o grupo, por possuir uma condenação genérica ao Estado; por exemplo, o dever de disponibilizar na rede pública determinado medicamento. Além disso, tal ação possui um procedimento prévio, o inquérito civil, que informa elementos de ordem técnica, visando respaldar e motivar o Ministério Público na propositura da ação.

3.2 Separação dos Poderes

A separação de Poderes é cláusula pétrea, prevista no artigo 60, § 4º, III da Constituição Federal, contudo permite uma evolução necessária, desde que se preserve o núcleo essencial.

A separação de Poderes visa ao equilíbrio, em que os poderes estabelecem um controle entre si, o freio e contrapeso, a fim de evitar a arbitrariedade. Trata-se de uma interferência pontual de um poder no outro, não sendo vista como uma subordinação, mas como um controle.

As funções atípicas estão previstas na Constituição, a fim de evitar uma relação de pressão entre os órgãos. Há autonomia, além do exercício da função atípica, que corresponde a uma opção política de governabilidade e de relacionamento entre os Poderes, feita pelo constituinte originário. Esse fato não esvazia a função típica de cada ente, pois não permite interpretação expansiva.

A evolução político-social alterou as estruturas estatais, fato que atribuiu às instituições governamentais a função de promotor ativo de mudanças sociais, não cabendo mais a interpretação estanque da teoria da separação de Poderes.

O sentido promocional da atividade estatal visa ao cumprimento igualitário da justiça social diante da escassez de recursos, a

fim de concretizar determinadas políticas públicas tornando as normas jurídicas abstratas e genéricas em técnicas e específicas, o que resultou na judicialização.

O Poder Judiciário deve zelar tanto pelos direitos individuais como pelos coletivos, devendo atuar com cautela, para não alterar significativamente as funções dos demais Poderes.

Conclui-se que não há uma violação ao princípio da separação de Poderes em determinados casos, contudo o Poder Judiciário não teria competência para fazer tal análise, pois trabalha com a microjustiça, a justiça do caso concreto, não examinando as consequências globais da destinação de recursos públicos para um indivíduo.

3.3 Judicialização

A Constituição é muito abrangente, motivo pelo qual a problemática dos direitos sociais tem sido solucionada diversas vezes no Poder Judiciário, além do fato político estar normatizado na Constituição.

A Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, por consequência da necessidade de normatizar uma realidade mutável, de forma que permaneça como um limite geral ao exercício do Poder Público, independentemente da orientação política do momento.

O Conselho Nacional de Justiça orienta os magistrados a esgotar a via administrativa, a fim de conter as demandas e gerar uma racionalização, onde o controle judicial seria visto como uma medida absolutamente excepcional.

O Poder Judiciário, ao efetivar o exercício da cidadania, ao concretizar os direitos sociais, em específico o direito à saúde, analisa a dignidade da pessoa humana, fato que muitas vezes colide com a política estabelecida pelos governos.

A judicialização visa a um equilíbrio através da efetivação do que foi determinado pela Constituição e do respeito à concepção dos demais Poderes, em relação ao que a Constituição exige, ou ao que ela permite.

Fato contrário surge com o ativismo judicial, onde a atuação ocorre diante da omissão dos demais Poderes, o que é impróprio, pois não pode haver manifestação do Poder Judiciário sem a devida previsão da Constituição, por consequência de a democracia se concretizar com os direitos da maioria.

Barroso (2009) aponta a diferença entre judicialização e ativismo judicial: a primeira é um fato resultante da redemocratização do país, da constitucionalização, do sistema de controle de constitucionalidade, sendo uma circunstância do modelo constitucional, en-

quanto o segundo é um ato do Judiciário diante da omissão dos demais Poderes.

O Poder Judiciário não interfere na apreciação ou na discricionariedade dos demais Poderes, pois, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão da omissão absoluta do direito à saúde, mas da falta do cumprimento de políticas públicas já estabelecidas. A determinação judicial, habitualmente, apenas determina o cumprimento de políticas públicas já existentes.

A legislação normalmente visa à maioria, contudo a decisão dada pelas cortes analisa o direito da minoria, concretizando com o melhor argumento.

No caso de a determinação judicial visar a algo que não se encontra nas políticas do SUS, deve-se analisar se tal fato decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecimento ou de uma vedação legal à dispensação.

3.4 Demandas judiciais que visam a medicamentos

O Poder Judiciário é acionado sempre que um mandamento constitucional é desobedecido, o que ocorre quando um ente público se nega a prestar um atendimento fundamental à cidadania.

O Conselho Nacional de Justiça, diante da ausência de conhecimento técnico dos magistrados referente à saúde, recomendou a criação de uma vara especializada na saúde, onde se possuiria um suporte adequado, minimizando o exagero dos direitos individuais em prol dos direitos coletivos, fato que decorre da ausência de critérios definidos e da discricionariedade do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal fez audiências públicas com o apoio técnico de profissionais da saúde, que utilizaram determinados critérios. O primeiro foi avaliar se o medicamento consta da Renane e se está em falta. Caso o medicamento não conste da Renane, verificaram se há remédio similar, podendo o paciente provar que o medicamento similar não produz efeito em seu organismo. Lembre-se que, no caso de o medicamento não ter sido aprovado pelo Ministério da Saúde, não pode o Judiciário determinar o fornecimento.

Os juízes que concedem medicamentos inapropriados, seja em decorrência de não constar das listas de medicamentos do sistema público de saúde, seja por não possuir a eficácia comprovada, ou por não haver autorização da Agência Nacional de Vigilância Sa-

nitária, expõem a saúde dos pacientes, além de gerar um impacto para o administrador público, que necessitará cortar outros gastos previstos, para cumprir a decisão judicial.

É indiscutível a prestação material do Estado em fornecer medicamento a todos, o que se discute é o meio utilizado para se atingir tal direito, pois, ao passo que se garante proteção jurídica a doenças complexas, pessoas que demandam cuidados simples ficam desamparadas em decorrência da falta de acessibilidade jurídica. Por esse motivo, deve ser proposta ação coletiva, a fim de beneficiar todos da mesma maneira.

Clève (2003) é adepto de posicionamento similar e afirma ser correto defender a efetivação dos direitos sociais por ações coletivas, especialmente das ações civis públicas, o que compeliria o Poder Público a um planejamento orçamentário que englobasse as necessidades dos direitos essenciais, evitando remanejo futuro. O Poder Judiciário, em vez de impor ao Estado o fornecimento de medicamento, apenas obrigaria a cumprir o disposto na lei orçamentária, havendo uma maior efetivação dos direitos sociais, uma real isonomia e uma diminuição no Judiciário de demandas repetitivas.

Conclui-se com a afirmação de Krell (2002) de que o Poder Judiciário não cria políticas públicas, mas pode determinar sua execução conforme previsão na Constituição, possuindo uma importante finalidade de direcionar os poderes políticos, sem necessariamente ser um Judiciário intervencionista, que controla os serviços básicos prestados, mas que respeita a programação orçamentária anual e suas previsões legais.

Conclusão

A medicina evolui muito rápido, impondo ao direito à saúde uma tendência programática, necessitando sempre rever as políticas sociais e econômicas, em consequência do surgimento de novas descobertas, exames, procedimentos cirúrgicos, doenças ou até mesmo a volta de uma doença supostamente erradicada. Tal evolução dificulta o acompanhamento pela burocracia administrativa.

O direito à saúde deve ser interpretado com fundamento nos princípios da equidade e da universalidade, permitindo a igualdade de acesso à saúde, que é limitada pela escassez de recursos financeiros, não sendo possível concretizar o atendimento ilimitado a todos, motivo pelo qual é distribuído com a finalidade de reduzir as diferenças entre os indivíduos.

Por conduzir tal direito para a esfera individual, ocorreu a judicialização, que gerou uma intervenção do Poder Judiciário em excesso, referente às políticas de saúde sobre medicamento.

A Ministra Ellen Gracie, nas decisões de Suspensão de Mandado de Segurança 3158 do Rio Grande do Norte e 3205 do Amazonas, reconsiderou suas decisões, pois a princípio alegou que somente os medicamentos da lista do SUS é que possuíam a obrigatoriedade de serem fornecidos. As ações judiciais referentes a medicamentos que são indeferidas possuem uma conotação desumana, não sendo bem recepcionadas pela sociedade, por haver a equivocada ligação da negativa do fornecimento de medicamento com a negativa do direito à saúde.

Faria (1994) afirma que o Judiciário sempre se voltou para os interesses individuais, devendo alterar tal posicionamento e dedicar atenção especial ao interesse coletivo, saindo do universo microjurídico para o macrojurídico, de forma que a solução de uma situação individual seja tratada de forma coletiva, por envolver alocação de recursos públicos.

Conclui-se que não há meio de se garantir o direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988, diverso do direito das políticas públicas, por envolver um grande número de pessoas e de doenças, com o orçamento limitado. Na realidade, deve-se alterar e/ou acrescentar medicamentos na lista do SUS, através de ações coletivas, conforme a necessidade da sociedade, de forma a possibilitar a previsão orçamentária anual condizente à realidade, de acordo com a possibilidade, por haver outros direitos sociais que também necessitam de tais recursos financeiros.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização e ativismo judicial no Brasil e EUA**. In: SEMINÁRIO DIREITO E DESENVOLVIMENTO ENTRE BRASIL E EUA, 2009, Rio de Janeiro. Palestra. DVD - disco 1.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso d217e Direito Constitucional**. 29^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insu- mos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: Rename. 7. ed. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/ rename2010final.pdf>>. Acesso em: dez. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ portal/jurisprudencia/listarJuris prudencia.asp?s1=%28ADPF+45% 29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 8895. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Mandado+de+Seguran%E7a+8895%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada 175. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada 81/SC. Disponível em: <<http://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24121643/agravo-de-instrumento-ag-20130222802-sc-2013022280-2-acordao-tjsc/inteiro-teor-24121644>>. Acesso em: jun. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Mandado de Segurança 3158. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Seguran%E7a+3158+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nloe84k>>. Acesso em: jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Mandado de Segurança 3205. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Seguran%E7a+3205%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ndyrsou>>. Acesso em: jun. 2014.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **SUS** - Sistema de Saúde. São Paulo: Editora da Unicamp, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Boletim Científico** - Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: the moral reading of the American constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Marcos Bosi. **Dilemas e Escolhas do Sistema de Saúde**. Rio de Janeiro: Medbook, 2008.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. São Paulo: MP Ed., 2006.

GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho, 2010. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: out. 2013.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2177>>. Acesso em: dez. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Da efetividade dos direitos econômicos culturais e sociais**. São Paulo: Método, 2001.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data.** São Paulo: Malheiros, 1988.
- NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiane Vieira. **O Sistema Único de Saúde - SUS.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.
- OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; CASTRO, Cláudia Garcia Serpa Osorio de. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- POGGE, Thomas. Pobreza, **Direitos Humanos e Justiça Global.** 22 fev. 2010. Disponível em: <<http://paginasdefilosofia.blogspot.com.br/2010/02/thomas-pogge-pobreza-direitos-humanos-e.html>>. Acesso em: dez. 2013.
- ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde.** São Paulo: LTr, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3^a ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TORTATO, Mari. Temporão acusa Justiça de tomar "lugar dos médicos". **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 19 out. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u337955.shtml>>. Acesso em: dez. 2013.
- VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007.

PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Expurgos inflacionários. Caderneta de poupança. Cumprimento de sentença. Exibição de extratos bancários. Astreintes. Descabimento. Coisa julgada. Inocorrência.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSUAL CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CADERNETA DE POUPANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. ASTREINTES. DESCABIMENTO. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA.

Para fins do art. 543-C do CPC:

1.1. “Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível.”

1.2. “A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada.” 2. Caso concreto: Exclusão das astreintes.

3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia SEGUNDA Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para julgar procedente a impugnação ao cumprimento

de sentença, a fim de excluir as astreintes, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 543-C, do Código de Processo Civil,

foram definidas as seguintes teses: (i.1) “Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível”; e (i.2) “A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada”.

Consignada a presença da Dra. VANESSA CRISTINA CHAVES DA SILVA MATIAS SOARES, pelo RECORRENTE BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A.

Brasília, 09 de abril de 2014.
(Data de Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO.

REsp 1.333.988 - DJe 11.04.2014.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
(Relator):

Trata-se de recurso especial afetado ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil para a consolidação do entendimento desta

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1313314&num_registro=201201441618&data=20140411&formato=PDF> Acesso em: 21 out. 2014.

Corte sobre as seguintes questões jurídicas:

- i) possibilidade de cominação de *astreintes* na determinação incidental de exibição de documentos durante a fase de cumprimento de sentença;
- (ii) possibilidade de rediscussão do cabimento das *astreintes* após preclusão do "decisum" que as cominou.

No caso dos autos, BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A insurge-se contra contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Impugnação - Pretensão à modificação de coisa julgada - Impossibilidade - Interposição de recurso de agravo de instrumento que não se presta a esta finalidade - Decisão mantida. (fl. 220)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Em suas razões, alega a parte recorrente violação do art. 461, §§ 3º, 4º e 5º, do Código de Processo Civil, sob o argumento de descabimento de cominação de *astreintes* para o cumprimento da obrigação de exibir documentos. Aduz, também, dissídio pretoriano.

O prazo para contrarrazões transcorreu *in albis* (fl. 278).

Por iniciativa deste relator (fl. 570), facultou-se a intervenção, na qualidade de *amicus curiae*, da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e da Defensoria Pública da União - DPU.

A OAB manifestou-se no sentido de que a Súmula 372/STJ deve ser superada, para se admitir a imposição de multa no caso de desrespeito à ordem de exibição de documentos.

O Ministério Pùblico Federal opinou, em tese, pela impossibilidade de cominação de *astreintes* na exibição de documentos e pela não ocorrência de preclusão. Quanto ao caso concreto, pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

(Relator):

Eminentess colegas, inícioo analisando a primeira questão jurídica afetada, referente à **possibilidade de cominação de *astreintes* na determinação incidental de exibição de documentos durante a fase de cumprimento de sentença**.

Relativamente à ação de exibição de documentos, esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido da impossibilidade de cominação de *astreintes*, conforme se verifica na seguinte súmula:

Súmula 372/STJ - Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.

Entendeu-se que, descumprida a ordem de exibição, seria cabível a busca e apreensão do documento.

A propósito, merecem transcrição precedentes que deram origem à súmula, *litteris*:

Ação de exibição de documentos. Multa cominatória.

1. A multa cominatória é pertinente quando se trate de obrigação de fazer ou não fazer, não cabendo na cautelar de exibição de documentos, em que, se não cumprida a ordem, segundo precedente desta Terceira Turma, é possível a busca e apreensão.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 433.711/MS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 22/04/2003)

Ação de exibição. Processo cautelar. No processo cautelar, o desatendimento da determinação de que se exiba documento ou coisa não acarreta a consequência prevista no artigo 359 do Código de Processo Civil. (REsp 204.807/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJ 28/08/2000)

Também não é cabível a presunção de veracidade do art. 359 do Código de Processo Civil, conforme entendimento firmado pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, sintetizado na seguinte ementa:

AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ART. 359 DO CPC. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. NÃO APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO.

1. A presunção de veracidade contida no art. 359 do Código de Processo Civil não se aplica às ações cautelares de exibição de documentos. Precedentes.

2. Na ação cautelar de exibição, não cabe aplicar a cominação prevista no art. 359 do CPC, respeitante à confissão ficta quanto aos fatos afirmados, uma vez que ainda não há ação principal em curso e não se revela admissível, nesta hipótese, vincular o respectivo órgão judiciário, a quem compete a avaliação da prova, com o presumido teor do documento. 3. Julgamento afetado à 2a. Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução/STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

4. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 1.094.846/MS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, DJe 03/06/2009)

Em suma, na ação de exibição, o único meio admitido para a efetivação do pedido é a busca e apreensão do documento.

No presente recurso, discute-se o pedido incidental de exibição de documentos, ou seja, aquele deduzido no curso de uma ação que tenha objeto próprio, distinto da exibição.

O pedido incidental de exibição pode ser deduzido contra a parte *ex adversa* ou contra terceiro.

Somente a hipótese do pedido incidental formulado contra a parte adversa será analisada no presente recurso.

A consequência da recusa nesses casos de exibição incidental de documento é a presunção de veracidade, por disposição expressa do art. 359 do Código de Processo Civil, abaixo transcrita:

Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;
II - se a recusa for havida por ilegítima.

Porém, como a obrigação de exhibir documentos é uma obrigação de fazer, é frequente a controvérsia nos tribunais de apelação acerca da possibilidade de cominação de *astreintes*, com base no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil.

No caso dos auto, por exemplo, o Tribunal de origem, no limiar da fase de cumprimento de sentença, determinou a exibição dos extratos da caderneta de poupança no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00.

No entanto, a jurisprudência desta Corte orientou-se no sentido do descabimento de *astreintes* na exibição incidental de documentos, conforme se verifica nos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DETERMINAÇÃO DE EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTOS SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. NÃO CABIMENTO.

1. A orientação jurisprudencial que prevalece no âmbito de ambas as Turmas Integrantes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não ser cabível a aplicação de multa em caso de descumprimento de ordem incidental de exibição de documento.
Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 355.058/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 25/02/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE REVISÃO. DETERMINAÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. NÃO CABIMENTO.

1. A imposição da multa cominatória prevista no art. 461 do CPC é restrita às demandas que envolvem obrigação de fazer e não fazer, sendo incabível em sede de pedido incidental de exibição de documentos.

2. Entendimento pacífico de ambas as Turmas da Segunda Seção desta Corte.

3. **AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

(AgRg no REsp 1.294.856/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 04/03/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATOS. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ORDEM INCIDENTAL DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. MULTA. NÃO CABIMENTO.

1.- Não cabe aplicação de multa em caso de descumprimento de ordem incidental de exibição de documento ou coisa prevista nos arts. 355 a 363 do CPC, porquanto já preveem especificamente tais dispositivos legais a presunção ficta em caso de recusa considerada ilegítima.

2.- Extensão do entendimento contido na Súmula STJ/372 às determinações incidentais de exibição de documento no processo, casos em que deverá ser observada a regra prevista no art. 359 do CPC.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1284422/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 05/11/2012)

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - CADERNETA DE POUPANÇA - CORTE LOCAL INDEFERINDO PLEITO DA EXEQUENTE VOLTADO À EXIBIÇÃO DE EXTRATOS PARA PERMITIR CÁLCULO DO QUANTUM DEBEATUR - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, PROVENDO, DESDE LOGO, RECURSO ESPECIAL DA EXEQUENTE - IRRESIGNAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEVEDORA.

1. Desnecessidade da parte credora efetuar o preparo do recurso especial por ser beneficiária da gratuidade de justiça.
2. Inaplicabilidade, ao caso, do óbice contido na Súmula n. 7/STJ quanto à possibilidade de exibição de documentos. Matéria a ser decidida estritamente em tese.

Corte de origem que entende justa a recusa da casa bancária em apresentar ao juízo extratos de caderneta de poupança unicamente em função do lapso temporal havido entre a data do advento dos Planos Econômicos e o pleito exibitório, deixando de apontar fato concreto outro a firmar a escusabilidade do dever de guarda dos documentos.

Entendimento manifestamente em contradição à orientação pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, que consagra a obrigação da instituição financeira em manter a guarda dos documentos atinentes à escrituração das contas mantidas por seus clientes enquanto não prescritas eventuais pretensões derivadas da relação jurídica bancária.

Ônus do executado exibir os documentos indispensáveis para realização de cálculos voltados a apurar o quantum da condenação, sob pena de não poder contestar as contas a serem formuladas pelo exequente. Inteligência do art. 475-B, §2º, do CPC.

3. Agravo regimental desprovido, impondo-se multa em desfavor do corrente.

(AgRg no Ag 1.275.771/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 23/03/2012)

Na exibição incidental de documentos, portanto, a consequência da recusa é a presunção de veracidade, não sendo cabível a cominação de astreintes.

Essa presunção, naturalmente, é relativa, podendo o juiz decidir de forma diversa da pretendida

pelo interessado na exibição, com base em outros elementos de prova constantes dos autos.

Nesse caso, no exercício dos seus poderes instrutórios, pode o juiz, até mesmo, determinar a busca e apreensão do documento, se entender necessário para a formação do seu convencimento, conforme se verifica no seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. FASE INSTRUTÓRIA. DIFERENÇAS DE CORREÇÃO EM CONTA DE POU-PANÇA. EXIBIÇÃO INCIDENTAL DE DOCUMENTO. EXTRATOS.

1. A ordem incidental de exibição de documentos, na fase instrutória de ação ordinária de cobrança, encontra respaldo, no sistema processual vigente, não no art. 461 invocado no recurso especial, mas no art. 355 e seguintes do CPC, que não prevêem multa cominatória. Isso porque o escopo das regras instrutórias do Código de Processo Civil é buscar o caminho adequado para que as partes produzam provas de suas alegações, ensejando a formação da convicção do magistrado, e não assegurar, de pronto, o cumprimento antecipado (tutela antecipada) ou definitivo (execução de sentença) de obrigação de direito material de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

2. Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, na ação de exibição de documentos não cabe a aplicação de multa cominatória (Súmula 372). Este entendimento aplica-se, pelos mesmos fundamentos, para afastar a cominação de multa diá-

ria para forçar a parte a exhibir documentos em medida incidental no curso de ação ordinária condenatória. Nesta, ao contrário do que sucede na ação cautelar, cabe a presunção ficta de veracidade dos fatos que a parte adversária pretendia comprovar com o documento (CPC, art. 359), cujas consequências serão avaliadas pelo juízo em conjunto com as demais provas constantes dos autos, **sem prejuízo da possibilidade de busca e apreensão**, nos casos em que a presunção ficta do art. 359 não for suficiente, ao prudente critério judicial.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.179.249/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 03/05/2011, sem grifos no original)

Uma ressalva há de ser feita no que tange aos direitos indisponíveis.

Nessa hipótese, ainda que tenha havido recusa ilegítima de exibição, não é cabível a presunção de veracidade, conforme se depreende do seguinte dispositivo do Código de Processo Civil:

Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

.....
II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

.....

Restaria ao juiz somente a busca e apreensão.

Porém, na prática, essa medida tem diminuta eficácia, consoante aponta a doutrina, *litteris*:

Entretanto, na prática, tal medida não se mostra capaz de efetivação do direito, uma vez que, freqüentemente, a busca para apreensão de documentos torna-se tarefa um tanto difícil ou até mesmo impossível. Imagine-se as dificuldades que enfrentaria um oficial de justiça efetuando a busca de um documento numa instituição bancária. Há ainda a possibilidade de a parte ocultar documento que não tem interesse de exibir, hipótese em que a medida se tornaria inócuia, sobretudo pelo fato de o requerido saber que não sofrerá nenhuma consequência.

(GONÇALVES, CARLOS A.; TEIXEIRA, JOSSEMARA J. D., Breves considerações sobre as espécies de exibição de documentos previstas no CPC. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Ano VIII, nº 44, nov-dez de 2006, p. 86)

Assim, para evitar o sacrifício do direito da parte interessada, tem-se admitido a cominação de *astreintes* nos casos que envolvem direitos indisponíveis, como foi o entendimento desta Corte Superior, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, para a hipótese de negativa de fornecimento dos extratos do FGTS.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 461, § 4º, DO CPC. OBRIGAÇÃO DE FA-

ZER. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS DE CONTAS VINCULADAS AO FGTS. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

1. Recurso repetitivo julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, com fulcro no art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que "a responsabilidade pela apresentação dos extratos analíticos é da Caixa Econômica Federal - enquanto gestora do FGTS -, pois tem ela total acesso a todos os documentos relacionados ao Fundo e deve fornecer as provas necessárias ao correto exame do pleiteado pelos fundistas" (REsp 1.108.034/RN, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 28.10.2009, DJe 25.11.2009).

2. O presente recurso especial repetitivo trata da consequência lógica pelo não cumprimento da obrigação imposta à CEF, qual seja, a possibilidade de aplicação de multa diária prevista no art. 461, § 4º, do CPC.

3. É cabível a fixação de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer (astreintes), nos termos do art. 461, § 4º, do CPC, no caso de atraso no fornecimento em juízo dos extratos de contas vinculadas ao FGTS.

4. A ratio essendi da norma é desestimular a inércia injustificada do sujeito passivo em cumprir a determinação do juízo, mas sem se converter em fonte de enriquecimento do autor/exequente. Por isso que a aplicação das astreintes deve nortear-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. Precedentes: REsp 998.481/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 11.12.2009. AgRg no REsp 1.096.184/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 11.3.2009; REsp 1.030.522/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.2.2009, DJe 27.3.2009; REsp 836.349/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ de 9.11.2006.

Recurso especial improvido para reconhecer a incidência da multa. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

(REsp 1.112.862/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 04/05/2011)

Feita essa necessária ressalva, propõe-se a consolidação da tese nos seguintes termos: “*Desabamento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível*”.

A tese foi redigida em termos gerais, para englobar o conteúdo da Súmula 372/STJ.

A outra tese de que trata este recurso especial representativo da controvérsia diz respeito à “*possibilidade de rediscussão do cabimento das astreintes após preclusão do ‘decisum’ que as cominou*”.

Quanto a esse ponto, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a multa cominatória não integra a coisa julgada, sendo apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento

do julgado, podendo ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente.

Nesse sentido, colaciono, ilustrativamente, os seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL - ‘ASTREINTE’ - APLICAÇÃO E REVOGAÇÃO - DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR - APRECIAÇÃO EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

1 - A decisão que arbitra a astreinte não faz coisa julgada material, pois ao magistrado é facultado impor essa coerção, de ofício ou a requerimento da parte, cabendo a ele, da mesma forma, a sua revogação nos casos em que a multa se tornar desnecessária.

2 - É cabível exceção de pré-executividade com objetivo de discutir matéria atinente à astreinte.

3 - Recurso improvido.

(REsp 1.019.455/MT, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 15/12/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. O artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil permite que o magistrado exclua ou altere, de ofício ou a requerimento da parte, a multa quando esta se tornar insuficiente, excessiva, ou desnecessária, mesmo após transitada em julgado a sentença, não se observando a preclusão.

2. Aplicável à espécie, portanto, o óbice da Súmula 83 desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 408.030/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 24/02/2014)

Destarte, na esteira desses julgados acima colacionados, propõnho a consolidação da tese nos seguintes termos: “*a decisão que comina astreintes não preclui, tampouco faz coisa julgada*”.

Passando ao caso concreto, o Tribunal de origem, no limiar do cumprimento de sentença, determinou a exibição dos extratos de poupança no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (cf. fl. 126).

A ordem de exibição foi cumprida com atraso, gerando uma soma de R\$ 9.000,00 a título de multa (cf. fl. 188).

No curso da impugnação ao cumprimento de sentença, o Tribunal de origem reconheceu que a multa seria descabida, em razão da Súmula 372/STJ, mas decidiu mantê-la, sob o fundamento de que teria havido coisa julgada quanto a esse ponto (cf. fl. 220).

O acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento acima delineado, sendo de rigor o provimento do recurso especial para excluir as *astreintes*.

Ante o exposto, voto nos seguintes termos:

(i) Para os fins do art. 543-C do Código de Processo Civil:

(i.1) “*Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível*”

(i.2) “*A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada*”.

(ii) Caso concreto: dá-se provimento ao recurso especial para julgar procedente a impugnação ao cumprimento de sentença, a fim de excluir as *astreintes*.

Custas e honorários pela parte impugnada (ora recorrida), estes arbitrados em R\$ 1.000,00, suspensa a exigibilidade nos termos da Lei 1.060/50.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para julgar procedente a impugnação ao cumprimento de sentença, a fim de excluir as *astreintes*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foram definidas as seguintes teses: (i.1) “*Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível*”; e (i.2) “*A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada*”.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Cancelamento de protesto extrajudicial. Ônus do cancelamento do protesto legitimamente efetuado do devedor. Art. 2º da Lei n. 9.492/1997.¹

EMENTA OFICIAL

CANCELAMENTO DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. ÔNUS DO CANCELAMENTO DO PROTESTO LEGITIMAMENTE EFETUADO. DEVEDOR. CONFORME DISPÕE O ART. 2º DA LEI N. 9.492/1997, OS SERVIÇOS CONCERNENTES AO PROTESTO FICAM SUJEITOS AO REGIME ESTABELECIDO NESTA LEI. ALEGAÇÃO DE O DÉBITO TER SIDO CONTRAÍDO EM RELAÇÃO DE CONSUMO. IRRELEVÂNCIA, POR SE TRATAR DE PROCEDIMENTO SUBMETIDO A REGRAMENTO ESPECÍFICO.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "No regime próprio da Lei n. 9.492/1997, legitimamente protestado o título de crédito ou outro documento de dívida, salvo inequívoca pactuação em sentido contrário, incumbe ao devedor, após a quitação da dívida, providenciar o cancelamento do protesto". Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

2. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima

indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi aprovada a seguinte tese: "No regime próprio da Lei nº 9.492/1997, legitimamente protestado o título de crédito ou outro documento de dívida, salvo inequívoca pactuação em sentido contrário, incumbe ao devedor, após a quitação da dívida, providenciar o cancelamento do protesto". Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília, 10 de setembro de 2014
(data do julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator.

REsp Nº 1.339.436 - SP (2012/0172838-0). DJe 24.09.2014.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1348042&sReg=201201728380&sData=20140924&formato=PDF> Acesso em: 21 out. 2014.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Getúlio Fonseca Carvalho ajuizou “ação de indenização por danos materiais e morais” em face de Varejão Casa da Maçã Ltda - ME. Afirma que emitiu cheque para pagamento de mercadoria adquirida no estabelecimento do réu, todavia, por estar desempregado, não pôde honrar o pagamento, tendo a cédula vindo a ser levada a protesto. Argumenta que, com a obtenção de novo emprego, quitou a dívida contraída na relação de consumo.

Assevera que caberia ao réu “pedir a baixa do protesto do título, considerando-se o pagamento completo da dívida”.

Expõe que, como possuía uma pequena propriedade rural, tentou obter financiamento para recuperação de pastagens, cercas e aquisição de 20 novilhas para iniciar atividades rurais, todavia, “quando o financiamento estava por ser liberado constatou-se o protesto do cheque que já havia sido pago” há muito tempo, sem que tenha sido promovido o cancelamento.

Pondera que teve gastos com despesas de viagens para consecução do financiamento e que teve dano moral, por ser apontado como “devedor de dívida já paga e de ter frustrado o sonho” de ser empreendedor no município onde nasceu.

O Juízo da 3^a Vara da Comarca de Araras julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Interpôs o autor apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso.

A decisão tem a seguinte ementa:

BEM MÓVEL/SEMOVENTE - CERCEAMENTO DE DEFESA - OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA - REVELIA - INOCORRÊNCIA - CONTESTAÇÃO EM NOME DO SÓCIO - IRREGULARIDADE SANAVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - PROTESTO DE TÍTULO - PAGAMENTO POSTERIOR AO VENCIMENTO - ÔNUS DO CANCELAMENTO - DEVEDOR - PARTE INTERESSADA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 26, DA LEI N° 9.492/97 EM CONSONÂNCIA COM A LEI ESTADUAL N. 11.331/02 - PRELIMINARES REJEITADAS - RECURSO NÃO PROVADO.

Ocorrendo de forma licita a negativação do nome do devedor junto aos órgãos de proteção ao crédito, compete a ele o cancelamento após regular quitação.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Sobreveio recurso especial do autor, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial, omissão e violação aos arts. 6º, 7º, 14, 39, 43 e 73 do CDC; 3º, 273, 297, 303, 319, 320, 324, 332, 333, 348, 401, 402 e 535 do CPC e 186, 187, 927, 932 e 933 do CC.

Afirma que o recorrido, “se aproveitando da simplicidade des-

se homem pobre, humilde e sem leitura e fugindo completamente de suas obrigações contratuais, não cuidou de dar baixa no título junto ao 2º Cartório de Protestos de Araras, bem como não emitiu a carta de anuência indispensável ao ato, mantendo seu nome injustamente no ‘Rol dos Devedores’, alijando-o completamente do mercado de consumo”.

Pondera que o representante legal do recorrido - que recebeu o valor integral da dívida -, apesar de não ser parte no processo, contestou a ação, contudo, única e exclusivamente a questão dos danos morais, confessando, inclusive, o superveniente pagamento da dívida vencida - embora não tenha dito a verdade quando afirmou ter devolvido o título protestado e entregue a carta de anuência.

Argumenta que o acórdão recorrido diverge da jurisprudência do STJ, que perfilha o entendimento de que “não compete ao devedor dar a baixa no protesto e sim ao credor, a jurisprudência já pacificou essa questão, competindo ao credor esse encargo”.

Não houve oferecimento de contrarrazões.

Dei provimento ao Agravo de Instrumento 1.383.403/SP para determinar a subida do presente recurso especial.

Verificando a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia, submeti o feito à apreciação da egrégia Segunda Seção, na forma do que preceitua o artigo 543-C do CPC. Com isso determinei a ciência e facultei a manifestação no prazo de 15 (quin-

ze) dias (art. 3º, I, da Resolução n. 8/2008) ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - Idec, à Federação Brasileira de Bancos - Febraban, à Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, à Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - Anfac, à Anoreg-Brasil e à Defensoria Pública da União.

A Defensoria Pública da União, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

Dispõe o art. 26 da Lei nº 9.492/97 que “O cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado, mediante apresentação do documento protestado, cuja cópia ficará arquivada”.

Em análise objetiva e direta, ou seja, pela literalidade do dispositivo, pode-se raciocinar que o cancelamento do protesto fica a cargo de qualquer das partes, ou seja, pode ser realizado tanto pelo credor, quanto pelo devedor, irrestritamente.

Contudo, a lógica, objetividade e facilidade de entendimento param por aí. É que o devedor somente terá condições de realizar o cancelamento do protesto quando:

- (i) Apresentar o título protestado;
- (ii) Na falta desse, apresentar declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como credor originário ou por endosso translativo.

Vê-se, pois, que a possibilidade de o próprio devedor requerer

o cancelamento do protesto depende necessariamente de ato do credor, sem o qual não lhe caberá o ônus de postular o cancelamento diretamente na medida em que lhe faltará o instrumento indispensável para a realização do ato.

Vale lembrar, por outro lado, que o devedor nem sempre estará diante de cartório que lhe seja próximo. Ou seja, a serventia pode mesmo ser em outra unidade da federação, em local bem longínquo daquele que reside o devedor, daí se estaria impondo ônus a mais ao consumidor-devedor, já vulnerável diante da pessoa jurídica que, certamente, tem aporte de técnico, financeiro e administrativo maior do que o hipossuficiente.

De certo que se poderá dizer que atualmente o sistema funciona inclusive por meio eletrônico, pela internet, ou até mesmo por telefone. Ora, de toda sorte, estar-se-ia imputando maior ônus ao devedor, reduzindo até mesmo a perspectiva de negociação de eventuais dívidas, quando se tiver em mente que será muito mais trabalhoso localizar o órgão de protesto e efetuar a baixa.

A obrigação deve, por isso, permanecer com o credor.

Nesse sentido, inclusive, embora se tratasse do SERASA/SPC, esse colendo Superior Tribunal de Justiça, por meio das duas Turmas que compõem essa Eg. Seção, já havia firmando o entendimento de que o ônus pelo cancelamento de inscrição em registro deve recair sobre o credor.

[...]

Portanto, o razoável é que o próprio credor realize o cancelamento do protesto, não impedindo, por óbvio, que o devedor possa fazê-lo diante da omissão do credor, que, por isso, deverá ser responsabilizado nas esferas correspondentes.

Entende, assim, a Defensoria Pública da União que o ônus de requerer o cancelamento do protesto, após o pagamento da dívida, é do credor.

A Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

A controvérsia exposta nos autos do presente recurso especial, qual seja, a responsabilidade pelo cancelamento junto aos cartórios de protesto de títulos e demais órgãos de proteção ao crédito, em nosso modesto entender, com a devida *venia*, não deveria existir diante da clareza do artigo 26 da Lei nº 9.492/97, comando normativo em que se baseou a sentença *a quo* ora recorrida.

Isto porque o referido dispositivo normativo é claro em atribuir a qualquer “interessado” o cancelamento do registro de protesto, de forma que possuir “interesse”, que no Conceito de Cornelutti é a “posição favorável à satisfação de uma necessidade”, é requisito ex vi lege para ter legitimidade de agir. Ocorre que os credores, após o recebimento de seus créditos, não possuem qualquer interesse, seja jurídico ou econômico no cancelamento do registro de protesto realizado, ato cuja efi-

cácia para o credores se exauriu com o pagamento do crédito, e como tal, não lhes traz qualquer efeito jurídico.

Assim, nos parece restar claro que para o credores há interesse jurídico e econômico na efetivação do registro de protesto, instrumento hábil para a cobrança de seus créditos, mas não há qualquer interesse no respectivo cancelamento, ato cujos efeitos jurídicos só interessam aos devedores ou a terceiros eventualmente interessados, tais como seus herdeiros, cônjuges, sócios e etc., que são os legitimados a que se refere o *caput* do artigo 26 da lei nº 9.492/97.

[...]

Assim, diante do exposto, espera a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo ter contribuído para as discussões jurídicas acerca do objeto da controvérsia existente nos autos do presente Recurso Especial, ***confiando que ao final seja firmado por esta ínclita Corte o entendimento de que o cancelamento do registro do protesto de que trata o artigo 26 da Lei nº 9.492/97 não pode ser atribuído ao credor***, tendo em vista a inequívoca inexistência de interesse deste na realização do ato, que é exigência de legitimação legalmente prevista, por ser medida da mais escorreita justiça.

A Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - Anfac, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

4 - Para que se proceda ao cancelamento do protesto de qual-

quer título, incumbe ao interessado o pagamento de despesas. 5 – A existência de tais despesas, decorrente do protesto e seu consequente cancelamento, está expressamente prevista na Lei nº 9492/97, em seu Artigo 26, parágrafo 3º.

6 – O Art. 325 do Código Civil prevê a responsabilidade do devedor pelo pagamento, “*in verbis*”: “Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação;.....” G.n.

7 – Resta claro que, por tal enfoque, diante da existência de despesas para o cancelamento do protesto, cuja responsabilidade é atribuída ao devedor, a ele devedor então cabe o ônus de promover o cancelamento e não ao credor.

II – DO PRECEDENTE CONTIDO NA LEI FEDERAL 6.690/79

8 – A Lei Federal nº 6.690/79, de 25/09/79, disciplina o cancelamento do protesto de títulos cambiais e expressamente atribui a responsabilidade por tal cancelamento ao devedor.

9 – Com efeito, o art. 2º. do mencionado diploma legal afirma: “Art 2º Será cancelado o protesto de títulos cambiais posteriormente pagos mediante a exibição e a entrega, pelo devedor ou procurador com poderes especiais, dos títulos protestados, devidamente quitados, que serão arquivados em cartório.” G.n.

10 – Não nos resta dúvida de que, sendo o devedor o maior interessado no cancelamento do protesto, cabe a ele e somente a ele a responsabilidade pelo cancelamento do protesto.

V - CONCLUSÃO

Diante do previsto na Lei Federal nº 9492/97, que prevê o pa-

gamento de despesas para o cancelamento, combinado com o estabelecido no Art. 395 do Código Civil, que imputa ao Devedor tal responsabilidade, conclui-se que incumbem ao Devedor, maior interessado, as providências de cancelamento do protesto.

A corroborar tal entendimento, mister se faz ainda observar o que prevê a Lei Federal nº 6690/79, que disciplina o cancelamento do protesto de títulos cambiais, onde está expressamente previsto em seu artigo 2º, que cabem ao devedor as providências relativas ao cancelamento do protesto.

A ANFAC – Associação Nacional de Fomento Comercial honrada manifesta-se no sentido de, para a solução da controvérsia, seja reconhecida a responsabilidade do devedor quanto às providências ao cancelamento de protesto tirado de forma regular, esperando que os argumentos contidos na presente possam contribuir para uma melhor análise da matéria por essa Colenda Corte.

A Federação Brasileira de Bancos - Febraban, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

4. Trata-se, na origem, de ação indenizatória em que Getúlio Fonseca Carvalho pleiteia a condenação de Varejão Casa da Maçã Ltda. em decorrência da manutenção de protesto de título (protesto cuja regularidade não está em dúvida) após o pagamento da dívida. Entende o autor que Varejão deveria ter procedido ao cancelamento do

protesto, uma vez sanada a mora.

5. O Tribunal de Justiça estadual entendeu que cabia ao devedor, após o pagamento da dívida, o cancelamento do protesto, nos termos do art. 26 da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997. O acórdão restou assim ementado:

[...]

7. São esses os fatos considerados relevantes para o julgamento do recurso especial, no que respeita à matéria afetada com o objetivo de fixação de paradigma para aplicação a recursos repetitivos.

II. DA RESPONSABILIDADE PELO CANCELAMENTO DE PROTESTO REGULARMENTE EFETUADO, APÓS A QUITAÇÃO DA DÍVIDA

8. A Lei nº 9.492, de 1997, define as competências e regula os serviços relativos ao protesto de títulos e outros documentos representativos de dívidas. O art. 1º define o protesto como “o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

9. Em seu art. 26, caput, a referida lei estabelece que “o cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado,mediando apresentação do documento protestado” (sem grifo no original).

10. A lei não dá espaço a diferentes interpretações. Vale dizer, sob o regime da referida lei, o cancelamento do protesto decorre de pedido formulado por qualquer interessado. O

ponto relevante para a presente discussão na leitura da lei é o de que ela não impõe a ninguém a obrigação de providenciar o cancelamento. O que a lei faz é tão-somente dar a qualquer interessado a legitimidade para requerê-lo, sendo fácil identificar o interesse do devedor em tal medida.

11. Alguém poderia imaginar conflito entre o texto da lei e o do art. 43 e § 1º do Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem:

[...]

12. Tal conflito, claramente se vê, inexiste. A Lei nº 9.492/97 trata de algo distinto do que foi regulado pelo CDC. Chamou-se atenção acima para a definição legal do protesto exatamente por isso: ele não se confunde com anotações feitas em cadastros de consumidores.

O protesto é ato formal, solene, e meio de prova de inadimplência. Os cadastros de consumidores (seja para proteção de crédito ou qualquer outra finalidade) não são mais do que simples cadastros.

13. Em outras palavras, a norma geral do CDC não tem aplicação no campo do protesto de títulos. Enquanto o CDC foca na relação privada entre consumidores e fornecedores de produtos e prestadores de serviços, a Lei nº 9.492/97, específica e posterior ao CDC, dá atenção aos efeitos que determinados eventos ocorridos nessa relação privada possam ter sobre toda a comunidade, por isso a relevância do protesto como ato formal e solene.

14. Além disso, uma interpretação sistêmica de nosso direito, no que tange ao problema

aqui tratado, leva ao disposto no art. 395 do Código Civil, segundo o qual “responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa”. Uma vez ocorrida a mora, os custos decorrentes da cobrança da dívida (e o protesto é necessário para a cobrança) devem ficar a cargo do devedor. Assim, não faz sentido, dentro do sistema jurídico brasileiro, que o credor seja obrigado a arcar com os custos relacionados à cobrança da dívida.

15. A jurisprudência dessa egrégia Corte é pacífica sobre o tema, tendo já as duas Turmas que compõem a Segunda Seção tido a oportunidade de examinar a questão e declarar o entendimento aqui defendido, assim como cada um dos Ministros que atualmente as integram. São exemplos dessa jurisprudência:

Da Terceira Turma: Ministra Nancy Andrichi: AgRg no Ag nº 768.161; AgRg no Ag 883.202; REsp 1.346.428; Ministro Sidnei Beneti: AgRg no Ag 768.161; AgRg no Ag 883.202; REsp 1.346.428; Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: AgRg no Ag 883.202; REsp 1.346.428; Ministro Villas Bôas Cueva: REsp 1.346.428; Ministro João Otávio de Noronha: REsp 1.346.428; AgRg no REsp nº 1.140.350; **Da Quarta Turma:**

Ministro Luis Felipe Salomão: AgRg no REsp nº 1.140.350; AgRg no AREsp nº 217.161; AgRg no REsp nº 906.875; Ministro Raul Araújo: AgRg no REsp nº 1.140.350; AgRg no AREsp nº 217.161; AgRg no REsp nº 906.875; Ministra Maria Isabel Gallotti: AgRg no REsp nº 1.140.350; AgRg no AREsp nº 217.161;

AgRg no REsp nº 906.875; Ministro Antônio Carlos Ferreira: AgRg no AREsp nº 217.161; AgRg no REsp nº 906.875; Ministro Marco Buzzi: AgRg no AREsp nº 217.161; AgRg no REsp nº 906.875.

[...]

17. De todo o exposto, manifesta-se a FEBRABAN em absoluta sintonia com a jurisprudência dessa egrégia Corte ao interpretar o art. 26 da Lei nº 9.492, de 1997, que não impõe ao credor a obrigação de requerer o cancelamento de regular protesto de título, após o pagamento da dívida.

18. Por isso, pede e espera a FEBRABAN que a Segunda Seção firme orientação, para fins do regime de recursos repetitivos, no sentido de declarar que o cancelamento de protesto feito de forma regular, após o pagamento da dívida, não constitui obrigação do credor, representando, antes, responsabilidade do devedor e de qualquer outro interessado.

19. Essas as razões que pareceram próprias à formação do convencimento de Vossa Excelência quanto à matéria objeto de apreciação por essa Corte, com o registro do reconhecimento da relevância da iniciativa, indiscutivelmente útil a conferir ao tema a necessária segurança e previsibilidade.

O Ministério Público Federal opina no sentido de que “o presente recurso há de ser parcialmente conhecido e, no quanto conhecido, deve ser desprovido, prevalecendo, para os efeitos do artigo 543- C, do Código de Processo Civil, a tese de que após o pagamen-

to do débito, o ônus de providenciar o cancelamento do protesto extrajudicial regularmente efetuado, à luz da Lei n. 9.492/1997, incumbe ao credor, não ficando, porém, o devedor, impedido de providenciá-lo”.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Não caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Logo, não há falar em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Note-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. FATO NOVO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. “Tendo o Acórdão recorrido decidido as questões debatidas no recurso especial, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais se fundamentou o arresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte” (AgRg no REsp 1.039.457/RS, 3ª Turma, Min. Sindic Beneti, DJe de 23/09/2008).

2. O Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre o tema, entendendo, no entanto, não haver qualquer fato novo a ensejar a modificação do julgado. Não se deve confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1047725/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1^a REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28/10/2008, Dje 10/11/2008)

3. Quanto ao mérito, o acórdão recorrido dispôs:

Dentre uma das teses de defesa, o apelante admite como praxe no comércio a devolução do título e a entrega de carta de anuência após a quitação da dívida, possibilitando ao protestado tomar providências quanto ao cancelamento do protesto.

A seguir, todavia, contesta também o pagamento, alegando que "não há prova da efetiva quitação do título." (fls. 54) A r. sentença julgou improcedente a ação porque o autor não trouxe para os autos comprovação documental do pagamento. A negativação do nome do autor no 20 Tabelião de Protesto de Araras decorreu da não-compensação de um cheque emitido pelo autor e entregue ao requerido no dia 3 de abril de 2004. (fls. 08/09)

O documento de fls. 217 emitido pelo Banco Bradesco comprova que foi excluída a restrição do cheque no Banco

Bradesco, com a via original entregue ao autor em 07 de julho de 2005.

Dessa forma, resta comprovado que houve pagamento da dívida, mas depois de protestado o título.

A negativação do nome do autor junto aos órgãos de proteção ao crédito ocorreu de forma lícita, em razão do inadimplemento do devedor.

Quanto ao apontamento, basta ao devedor, com a prova da quitação, requerer a retificação nos cadastros de inadimplência, pagando as custas do cancelamento conforme observação feita no título protestado às fls. 08.

[...]

Essa norma, por seu turno, guarda consonância com o artigo 26 da Lei n. 9.492/97 que atribui a qualquer interessado o ônus de requerer o cancelamento.

O atual Código Civil (art. 325), por sua vez, dispõe claramente que as despesas com o pagamento e a quitação do débito presumem-se a cargo do devedor, na verdade o maior interessado.

Nesse sentido, posição desta Câmara:

"Bem móvel/semovente - Ação de Indenização - Protesto - Manutenção do nome do devedor no cartório de protesto - Cancelamento que competia também ao devedor - Danos morais não configurados - Exegese do artigo 26, § 1º da Lei nº 9.492/97 - Recurso da autora improvido. Recurso da instituição financeira provido.

Cabe a qualquer dos interessados constantes do título o pedido extrajudicial tenden-

te ao cancelamento do protesto, nos termos da lei. Se o credor não se opôs abusivamente a tal cancelamento, a cuja formalização o devedor é o maior interessado, não há danos morais passíveis de reconhecimento." (Ap. c/ rev. n° 1.192.222.00/3, Rei. REINALDO CALDAS, J. 21.08.2009). (fls. 299-302)

Assim, a questão controvertida consiste em saber se, regularmente efetuado o protesto extrajudicial, após o pagamento do débito concernente ao documento de dívida a que alude o art. 1º da Lei n. 9.492/1997, a teor do art. 26 do mesmo diploma legal, ordinariamente incumbe ao devedor ou ao credor providenciar o cancelamento.

4. O art. 26 Lei n. 9.492/1997 dispõe:

Art. 26. O cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente no Tabelionato de Protesto de Títulos, por qualquer interessado, mediante apresentação do documento protestado, cuja cópia ficará arquivada.

§ 1º Na impossibilidade de apresentação do original do título ou documento de dívida protestado, será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como credor, originário ou por endosso translativo.

§ 2º Na hipótese de protesto em que tenha figurado apresentante por endosso-mandato, será suficiente a declaração de

anuência passada pelo credor endossante.

§ 3º O cancelamento do registro do protesto, se fundado em outro motivo que não no pagamento do título ou documento de dívida, será efetivado por determinação judicial, pagos os emolumentos devidos ao Tabelião.

§ 4º Quando a extinção da obrigação decorrer de processo judicial, o cancelamento do registro do protesto poderá ser solicitado com a apresentação da certidão expedida pelo Juízo processante, com menção do trânsito em julgado, que substituirá o título ou o documento de dívida protestado.

§ 5º O cancelamento do registro do protesto será feito pelo Tabelião titular, por seus Substitutos ou por Escrevente autorizado.

§ 6º Quando o protesto lavrado for registrado sob forma de microfilme ou gravação eletrônica, o termo do cancelamento será lançado em documento apartado, que será arquivado juntamente com os documentos que instruíram o pedido, e anotado no índice respectivo.

Por um lado, a teor do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.492/1997 e das demais disposições legais, o protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação [ou a recusa do aceite] originada em títulos e outros documentos de dívida. Por outro lado, o art. 2º do mesmo diploma esclarece que os serviços concernentes ao protesto, garantidores da autenticidade, publicidade, segurança e eficácia

dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido na referida Lei.

A controvérsia instalada nos presentes autos foi recentemente apreciada no âmbito desta Corte, tendo as Turmas de Direito Privado se manifestado a respeito.

Refiro-me ao AgRg no Ag 1.383.686/MT, rel. Ministra Isabel Gallotti, Quarta Turma e ao AgRg no AREsp 493.196/RS, rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma.

Os precedentes têm a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MANTIDA. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. INOVAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PROTESTO REGULAR. BAIXA. RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR. SÚMULA 7/STJ. ÓBICE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não se admite a adição de teses não expostas no recurso especial em sede agravo regimental, por importar em inadmissível inovação recursal. Precedentes.

2. A responsabilidade pela baixa do protesto, quando regular, é do devedor, não havendo que se falar em obrigação não cumprida pela instituição financeira. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1383686/MT, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 28/10/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROTESTO REGULAR. OBRIGAÇÃO DE BAIXA. DEVEDOR.

1.- A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que, se o protesto ocorreu no exercício regular de direito, o credor não está obrigado a providenciar a baixa do protesto. 2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 493.196/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 09/06/2014)

Ambos os precedentes estão embasados em outros julgados do STJ, seguindo-se, em síntese, a tese de que, se o protesto foi regularmente efetuado, a responsabilidade/interesse, no tocante ao seu cancelamento, é do devedor.

Registro que, no REsp 1.195.668/RS, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, fiquei vencido quanto ao ponto. Todavia, é bem de ver que a dispersão jurisprudencial deve ser preocupação de todos e, exatamente por isso, tenho afirmado que, se a divergência de ínole *doutrinária* é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, todavia o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável (REsp. n. 753.159/MT).

5. De fato, refletindo com mais profundidade sobre a questão, atento ao caminho tomado pela iterativa jurisprudência do STJ e ao que propugna a doutrina, após profunda reflexão, revejo meu posicionamento pessoal.

Como visto, o art. 2º da Lei n. 9.492/1997, textualmente cria um microrregime próprio para o pro-

testo de títulos e outros documentos de dívida ao dispor que “os serviços concernentes ao protesto” “ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei”.

A doutrina especializada anota acerca do mencionado dispositivo:

Por força de tal dispositivo legal, as questões atinentes ao protesto ficam sujeitas aos termos da Lei n. 9.492, de 10-9-97, desprezando-se outras disposições.

[...]

Serviços de protesto, são, pois, todos aqueles constantes da Lei n. 9.492, de 10-9-97, *verbi gratia*, a distribuição, a protocolização, a intimação, o recebimento, o registro do protesto, as averbações, o cancelamento, o fornecimento de certidões e informações do protesto, entre outras atividades que são exercidas no Tabelionato de Protesto e que contam agora com uma legislação específica sobre o tema. (PARIZATTO, João Roberto. *Protesto de títulos de crédito: Lei n. 9.492, de 10-09-97*. 2 ed. Ouro Fino: Edipa, 1999, p.14)

O presente artigo faz com que nos reportemos ao elencado nas noções históricas, para novamente realçar o quanto importante foi a criação desta lei, dado que, **a partir desse momento, não há mais que se falar em leis esparsas para tratar dos assuntos concernentes a protesto** de títulos e outros documentos de dívida. (OLIVEIRA, Eversio Donizete de; BARBOSA, Magno Luiz. *Manual prático do pro-*

testo extrajudicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 9 e 10)

Nesse passo, em vista da ênfase do declinado dispositivo de lei especial, é bem de ver que, consoante o abalizado magistério de Carlos Maximiliano, “[a]s disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, **contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum**”, por isso que se diz que “a exceção confirma a regra nos casos não excetuados”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 69, 184, 191 e 192)

Com efeito, em vista dos critérios hermenêuticos de especialidade e cronologia, a solução para o caso deve ser buscada, em primeira linha, no Diploma especial que cuida dos serviços de protesto.

Ademais, em reforço de argumento, é bem de ver que, do cotovelo entre os diplomas - consumerista e da Lei n. 9.492/1997 -, inequivocamente, a Lei excepcional adota um regime nitidamente diferenciado. Nesse passo, v.g., salta aos olhos o fato de que, enquanto o CDC estabelece, no art. 43, que os bancos de dados de cadastros de consumidores não podem conter informações negativas referentes a período superior a 5 anos e que, consumada a prescrição, não serão fornecidas informações pelos sistemas de proteção ao crédito que possam dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores; o art. 27 da Lei especial dispõe que o tabelião

de protesto expedirá certidões, “que abrangerão o período mínimo dos cinco anos anteriores, contados da data do pedido”.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico também conduz à interpretação de que, ordinariamente, incumbe ao devedor, após a quitação do débito, proceder ao cancelamento.

Embora o título de crédito, com a sua emissão, liberte-se da relação fundamental, em vista do princípio da incorporação, o adimplemento da obrigação cambial tem por consequência extinguir a obrigação subjacente que ensejou a sua emissão, sendo, em regra, *pro solvendo*; de modo que, salvo pactuação em contrário, só extingue a dívida, isto é, a obrigação que o título visa satisfazer consubstanciada em pagamento de importância em dinheiro, com o seu efetivo pagamento.

Dessarte, como bem observado pela Corte local, tendo em vista que o protesto regular é efetuado por decorrência de descumprimento da obrigação - ou recusa do aceite -, o art. 325 do CC estabelece que as despesas com o pagamento e quitação presumem-se a cargo do devedor.

Outrossim, não se pode ignorar que a quitação do débito estampado em título de crédito implica a devolução da cártyula ao devedor (o art. 324 do CC, inclusive, dispõe que a entrega do título ao devedor firma a presunção de pagamento).

Com efeito, como o art. 26, *caput*, da Lei n. 9.492/1997 disciplina que o cancelamento do re-

gistro do protesto será solicitado mediante a apresentação do documento protestado (conforme o parágrafo 1º, apenas na impossibilidade de apresentação do original do título ou do documento de dívida protestado é que será exigida a declaração de anuência), é possível inferir que o ônus do cancelamento é mesmo do devedor, pois, a interpretação de que a lei especial estivesse disposta que, mesmo com a quitação da dívida, o título de crédito devesse permanecer em posse do credor, seria temerária para com os interesses do devedor e eventuais coobrigados.

Nessa linha de intelecção, é bem de ver também que a documentação exigida para o cancelamento do protesto (título de crédito ou outro documento de dívida protestado, ou declaração de anuência daquele que figurou no registro de protesto como credor) também permite concluir que, ordinariamente, não é o credor que providenciará o cancelamento do protesto.

Por fim, arrematando, é bem de ver que o art. 19 da Lei n. 9.492/1997 estabelece que o pagamento do título ou do documento de dívida apresentado para protesto será feito diretamente no tabelionato competente, no valor igual ao declarado pelo apresentante, **acrescido dos emolumentos** e demais despesas - isto é, incumbe ao devedor que realizar o pagamento do débito antes do registro do protesto pagar emolumentos -; assim, não é razoável imaginar que, para

o cancelamento após a quitação do débito, tivesse o credor da obrigação extinta que arcar com o respectivo montante, acrescido de tributos, que devem ser pagos por ocasião do requerimento de cancelamento.

6. Igualmente, não se ignora, à luz da realidade econômica e social, a relevância dos cadastros de inadimplentes, que, a par de servir como um legítimo instrumento de que se vale o credor para compelir o devedor a adimplir a obrigação, propicia de modo reflexo, a dinamização das relações econômicas e que um número maior de consumidores - que não estão em situação de inadimplência - tenha acesso ao crédito, pois torna prescindível "o conhecimento pessoal entre quem dá e quem recebe o crédito" (TOMAZETTE, Marlon. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2, p. 161).

No entanto, cumpre observar que o protesto contempla espectro mais amplo de efeitos bastante relevantes, pois, v.g., faz prova da falta de pagamento, devolução ou aceite do título, é necessário ao pedido de falência por impontualidade injustificada, comprova a mora em contrato de alienação fiduciária em garantia e, na vigência do CC/2002 (art. 202, III), interrompe a prescrição para a execução cambial, tanto no que diz respeito ao devedor principal quanto a coobrigados.

Outrossim, o protesto, além de igualmente propiciar que os devedores sejam oportunamente alertados acerca de débitos vencidos e legitimamente compeli-los ao

adimplemento, é bem de ver que dirime plenamente litígios, pois, a teor do art. 19 da Lei n. 9.492/1997, cabe também ao tabelião o recebimento do crédito devido, acrescido dos emolumentos e demais despesas, sendo também dever do delegatário do serviço público dar a respectiva quitação.

Ademais, o art. 2º do mesmo diploma esclarece que os serviços concernentes ao protesto são garantidores da autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Dessarte, como observado em recente precedente da Quarta Turma do STJ, REsp 1.124.709/TO, como o art. 1º da Lei n. 9.492/1997 admite o protesto de títulos e outros "documentos de dívida" (entenda-se: prova escrita a demonstrar a existência de obrigação pecuniária, líquida, certa e exigível), a medida é bem menos severa ao devedor se comparada à execução, pois não envolve atos de agressão ao patrimônio, sendo certo que os órgãos de proteção ao crédito também fazem uso de dados de caráter público da distribuição do Judiciário, referentes a ações executivas, para "negativação" do nome dos executados.

O precedente tem a seguinte ementa:

TÍTULO DE CRÉDITO E PROTESTO CAMBIAL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS EM RECURSO ESPECIAL. INVIALIDADE. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO ORIUNDA DE INFORMAÇÃO EXTRAÍDA DE BANCO DE DADO PÚBLICO, PERTENCENTE

A CARTÓRIO DE PROTESTO. PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. CHEQUE. PRAZO DE APRESENTAÇÃO. OBSERVÂNCIA À DATA DE EMISSÃO DA CÁRTULA. ENDOSSATÁRIO TERCEIRO DE BOA-FÉ. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INOPONIBILIDADE DAS EXCEÇÕES PESSOAIS. PROTESTO DE CHEQUE À ORDEM, AINDA QUE APÓS O PRAZO DE APRESENTAÇÃO, MAS DENTRO DO PERÍODO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CAMBIAL DE EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. PROTESTO CAMBIAL. NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO CAMBIAL EXECUTIVA. SUPERAÇÃO, COM O ADVENTO DO NOVEL DIPLOMA CIVILISTA, DA SÚMULA 153/STF.
[...]

5. Tomadas essas cautelas, caracterizando o cheque levado a protesto título executivo extrajudicial, dotado de inequívoca certeza e exigibilidade, não se concebe possam os credores de boa-fé verem-se tolhidos quanto ao seu lídimo direito de resguardarem-se quanto à prescrição, tanto no que tange ao devedor principal quanto a coobrigados; visto que, conforme disposto no art. 202, III, do Código Civil de 2002, o protesto cambial interrompe o prazo prescricional para ajuizamento de ação cambial de execução, ficando, com a vigência do novel Diploma, superada a Súmula 153/STF.

6. Como o cheque levado a protesto ainda possui executividade, a medida é bem menos severa ao emitente se comparada à execução do título-

lo de crédito, pois não envolve atos de agressão ao patrimônio do executado, sendo certo que os órgãos de proteção ao crédito também fazem uso de dados de caráter público da distribuição do Judiciário, referentes a ações executivas, para “negativação” do nome dos executados. Dessarte, como o art. 1º da Lei 9.492/1997, em cláusula aberta, admite o protesto de outros “documentos de dívida” (entenda-se: prova escrita a demonstrar a existência de obrigação pecuniária, líquida, certa e exigível), não há razoabilidade em entender que o protesto, instituto desde a sua origem concebido para protesto cambial, seja imprestável para o protesto facultativo de título de crédito.

7. Recurso especial não provido. (REsp 1124709/TO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013)

7. Por último, cumpre observar que, como o próprio art. 26 da Lei n. 9.492/1997 estabelece que o cancelamento do registro do protesto poderá ser solicitado por qualquer interessado, não se está a dizer que não possam as partes pactuar que o cancelamento do protesto incumbirá ao credor (que passará a ter essa obrigação, não por decorrência da lei de regência, mas contratual).

De todo modo, a impossibilidade de retenção do documento protestado ressalta clara, pois, quitado o débito, notadamente em se tratando de título de crédito, incumbe ao credor cambial simultaneamente devolver o título.

Com efeito, é entendimento consolidado nesta Corte Superior que, no tocante ao cancelamento do protesto regularmente efetuado, não obstante o artigo 26 da Lei n. 9.492/97 (Lei de Protestos) faça referência a “qualquer interessado”, a melhor interpretação é a de que este é o devedor, de modo a pesar, ordinariamente, sobre sua pessoa o ônus do cancelamento.

Esse entendimento foi sufragado em inúmeros e recentes precedentes das duas Turmas que compõem a Segunda Seção. Confiram-se os julgados:

PROTESTO EXTRAJUDICIAL DE DUPLICATAS. RECURSO ESPECIAL. LOCAL A SER TIRADO PROTESTO DE DUPLICATA. PRAÇA DE PAGAMENTO CONSTANTE DO TÍTULO. ÔNUS DO CANCELAMENTO DO PROTESTO. DEVEDOR. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO
[...]

2. Embora o artigo 26 da Lei 9.492/97 disponha que o cancelamento do registro do protesto será solicitado diretamente ao Tabelionato de Protesto de Títulos, por “qualquer interessado”, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a melhor interpretação é a de que o maior interessado é o devedor, de modo a pesar sobre ele o ônus do cancelamento.

3. Orienta a Súmula 7/STJ que a pretensão de reexame de provas não enseja recurso especial. 4. Recurso especial não provido.

(REsp 1015152/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUAR-

TA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 30/10/2012)

PROTESTO REGULAR. PAGAMENTO POSTERIOR DO TÍTULO. OBRIGAÇÃO DE CANCELAMENTO DO PROTESTO. ART. 26 DA LEI N° 9.492/97. PRECEDENTES DA CORTE.

“As turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram no sentido de que cabe ao devedor promover o cancelamento do protesto regularmente lavrado quando de posse do título protestado ou da carta de anuência do credor nos termos do que artigo 26 da Lei nº 9.492/97”.

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 768.161/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 09/03/2009)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PROTESTO REALIZADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. CANCELAMENTO APÓS A QUITAÇÃO DA DÍVIDA. INCUMBÊNCIA DO DEVEDOR. ART. 26, §§ 1º E 2º, DA LEI N. 9.294/97.

Protestado o título pelo credor, em exercício regular de direito, incumbe ao devedor, principal interessado, promover o cancelamento do protesto após a quitação da dívida.

Recurso especial não conhecido. (REsp 842.092/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 28/05/2007, p. 360)

Protesto. Pagamento efetuado com atraso. Obrigaçāo de cancelamento do protesto. Art. 26

da Lei nº 9.492/97. Precedente da Corte.

1. Como assentado em precedente da Corte, quando o protesto "foi realizado em exercício regular de direito (protesto devido), o posterior pagamento do título pelo devedor, diretamente ao credor, não retira o ônus daquele em proceder ao cancelamento do registro junto ao cartório competente" (REsp nº 442.641/PB, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, DJ de 22/9/03).

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 665.311/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 03/10/2005, p. 247)

Civil. Agravo no agravo no recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Protesto devido de duplicata. Posterior demora na baixa do protesto. Responsabilidade conferida ao devedor.

- Se o protesto de duplicata é realizado em exercício regular de direito, a posterior devolução de mercadorias pelo devedor não retira dele o ônus de proceder ao cancelamento do registro junto ao cartório competente.

Precedentes.

Agravo não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 799.600/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 326)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. TÍTULO PROTESTADO. POSTERIOR QUITAÇÃO.

CANCELAMENTO. ÔNUS DO DEVEDOR. INTERESSADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. IRRELEVÂNCIA. DANOS MORAIS E DEVER DE INDENIZAR. AUSÊNCIA.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual.

2. Consoante jurisprudência desta Corte, é ônus do devedor, principal interessado, providenciar, após o pagamento da obrigação, o cancelamento do protesto legitimamente efetuado pelo credor, sendo irrelevante a circunstância de tratar-se de relação de consumo.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(EDcl no Ag 1414906/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 11/03/2013)

PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CANCELAMENTO DO PROTESTO. ÔNUS DO DEVEDOR. RESSALVA DO RELATOR.

1. "Legitimamente protestado o título de crédito, cabe ao devedor que paga posteriormente a dívida o ônus de providenciar a baixa do protesto em cartório (Lei 9.294/97, art. 26), sendo irrelevante se a relação era de consumo, pelo que não se há falar em dano moral pela manutenção do apontamento" (REsp 1.195.668/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/9/2012, DJe 17/10/2012). Ressalva do Relator.

2. Recurso especial provido.
(REsp 959.114/MS, Rel. Ministro
LUIS FELIPE SALOMÃO, QUAR-
TA TURMA, julgado em 18/12/
2012, DJe 13/02/2013)

8. Assim, a tese a ser firmada para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, que ora encaixamento, é a seguinte:

"No regime próprio da Lei n.º 9.492/1997, legitimamente protestado o título de crédito ou outro documento de dívida, salvo inequívoca pactuação em sentido contrário, incumbe ao devedor, após a quitação da dívida, providenciar o cancelamento do protesto".

9. No caso concreto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada

nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi aprovada a seguinte tese: "No regime próprio da Lei nº 9.492/1997, legitimamente protestado o título de crédito ou outro documento de dívida, salvo inequívoca pactuação em sentido contrário, incumbe ao devedor, após a quitação da dívida, providenciar o cancelamento do protesto".

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão. Decreto-lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei n. 10.931/2004. Purgação da mora. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida no prazo de 5 dias após a execução da liminar.¹

EMENTA OFICIAL

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi definida a seguinte tese: "Nos contratos firmados na vigência da Lei nº 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária". Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1320592&num_registro=201303810364&data=20140527&formato=PDF> Acesso em: 21 out. 2014.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília, 14 de maio de 2014
(data do julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator.

REsp Nº 1.418.593 - MS (2013/0381036-4). DJe 27.05.2014.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. O Banco Bradesco Finamentos S.A. interpôs agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em face da decisão de primeira instância, prolatada pela 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de busca e apreensão do automóvel descrito na inicial, determinou que o veículo permanecesse na Comarca até ulterior decisão e autorizou a purga da mora, com base apenas nas prestações vencidas. O requerido deixou de pagar o financiamento a partir da 14ª parcela, de um total de 60.

Narra que a lei não determina que o bem permaneça na Comarca onde fora apreendido - o que lhe onera demasiadamente -, e que permitir ao réu o depósito das prestações, sem considerar as demais parcelas do contrato, desrespeita o art. 3º, § 2º do Decreto-Lei n. 911/1969.

O relator, na origem, em decisão unipessoal, negou provimento ao agravo de instrumento. Inter-

pôs o recorrente agravo regimental, que não foi provido.

A decisão tem a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PURGAÇÃO DA MORA - PARCELAS VENCIDAS - VENDA ANTICIPADA OU REMOÇÃO DO BEM - NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

01. Para a purgação da mora em ações de busca e apreensão fundadas em pacto adjeto de alienação fiduciária, é suficiente o depósito das parcelas vencidas acrescidas dos encargos moratórios até a data do depósito.

02. A remoção da comarca ou a venda antecipada do veículo apreendido depende de prévia autorização judicial, em atenção aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Agravo regimental conhecido e não provido.

Sobreveio recurso especial do Banco, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial, pois as instâncias ordinárias autorizaram o devedor fiduciário de bem móvel a purgar a mora mediante o pagamento somente das parcelas vencidas.

Afirma que o entendimento perfilhado pela Corte local diverge da jurisprudência do STJ e de outros tribunais, já que, com o advento da Lei n. 10.931/2004 - que alterou o art. 3º, § 2º, do Decreto-

Lei n. 911/1969 -, não existe mais a possibilidade de purgação da mora pelo pagamento somente das parcelas vencidas, devendo ser paga a integralidade do débito.

Aduz que a decisão recorrida determina a manutenção do veículo na Comarca do Juízo de primeira instância, todavia o Decreto-Lei n. 911/1969 não exige a permanência dos bens na área de jurisdição do Juízo do foro competente.

Não houve oferecimento de contrarrazões.

Admitido o recurso especial na origem, ascenderam os autos a esta Corte Superior e, verificando a multiplicidade de recursos a versarem sobre a mesma controvérsia, submeti o feito à apreciação da egrégia Segunda Seção, na forma do que preceitua o artigo 543-C do CPC. Com isso determinei a ciência e facultei a manifestação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 3º, I, da Resolução n. 08/2008) ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - Idec, à Federação Brasileira de Bancos - Febraban e à Defensoria Pública da União.

A Defensoria Pública da União, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

Contudo, na presente manifestação ouso divergir de tal entendimento, eis que embora suprimida a expressão “purgação de mora” utilizada na redação anterior dos parágrafos do art. 3º do DL, as demais modificações inseridas em seu texto também estabeleceram duas definições técnicas distintas, de “crédito” e de “integralidade da dívida pendente”, que foram utilizadas também de forma distinta para disciplinar os direitos e deveres das partes nos contratos garantidos por alienação fiduciária, o que importou na manutenção da possibilidade de purgação da mora.

E a primeira destas definições, estabelecida no § 1º do art. 2º do Decreto-Lei 911/69, é a de “crédito”, entendido como a soma do “... principal, juros, comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária...” e, pois, que representa a totalidade do crédito da parte credora e, por questão de simetria, também a totalidade do débito da parte devedora.

Note-se que é o pagamento deste “crédito” que tem sido considerado pela jurisprudência dominante, inclusive do próprio STJ, como requisito para que o devedor possa reaver o bem, o que na maioria das vezes inviabiliza a continuidade do contrato e importa em grandes prejuízos para o devedor.

Contudo, no exato dispositivo que regula o direito ao pagamento e recuperação do bem, isto é, no art. 3º, § 2º do Decreto-Lei 911/69, restou estabelecido requisito diverso, de pagamento da “integralidade da dívida pendente”, expressão essa que embora não tenha sido definida no texto normativo, claramente foi utilizada de forma intencional pelo legislador para diferenciar o valor aí referido daquele atribuído ao “crédito” – totalidade da dívida.

[...]

Desta forma, ante à expressa previsão de restituição do bem a partir de pagamento de valor

diverso da totalidade do “crédito” e, por óbvio, inferior a esse (o que será explicado mais adiante), parece-me que estamos sim diante da possibilidade de purgação de mora, ainda que não nominada expressamente como tal.

E quanto ao ponto ainda me parece importante argumentar que a previsão de restituição do bem “livre de ônus”, determinada pela última parte do referido art. 3º, § 2º do DL 911/69 não é impedimento para a purgação da mora, tal como tem sido considerado em algumas decisões judiciais, eis que também esse comando comporta interpretação sistemática para harmonizá-lo com os demais dispositivos do Decreto-Lei.

Neste sentido, a expressão “livre de ônus” não importa em perdão do restante da dívida ainda não vencida e na simples entrega do bem ao devedor, o que de fato causaria sério desequilíbrio contratual, mas sim determina o encerramento do processo de busca e apreensão, sem condenação sucumbencial, bem como a continuidade do contrato, mantendo-se as obrigações assumidas por ambas as partes, bem como a garantia através da alienação fiduciária.

[...]

Por outro lado, ainda que se considere que a nova redação do DL 911/69 não tenha previsto a possibilidade de purgação da mora, mesmo em face da aplicação e das consequências dos diferentes definições/valores acima indicados, de se reconhecer que a purgação da mora, tal como estabelecida pelo Código Civil Brasileiro, ainda seria

subsidiariamente aplicável aos contratos garantidos por alienação fiduciária.

Neste sentido, e segundo as mais básicas regras de hermenêutica jurídica, temos que a norma geral se aplica no silêncio da regra específica, em tudo aquilo que compatível com essa.
[...]

Note-se, mais uma vez, que tal interpretação é a mais compatível com os fins sociais e com as exigências do bem comum, bem como é aquela que melhor atende à tradição do direito contratual brasileiro, pelo que deve prevalecer sobre a atual jurisprudência que inviabiliza a purgação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária.

[...]

Então, excluídas as parcelas vincendas, o conceito/valor atribuível à expressão “integralidade da dívida pendente” deve estar diretamente relacionado ao valor das parcelas vencidas, acrescidos dos juros e multa pactuados, bem como da correção monetária, solução essa, aliás, que espelha também aquela fórmula referida no art. 401 do CCB, e que mais uma vez contribui para a manutenção do equilíbrio contratual. (fls. 266-269)

A Federação Brasileira de Bancos - Febraban, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

14. Sobre essa questão, deve-se registrar que já há entendimento consolidado nesse Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete ao deve-

dor “pagar a integralidade da dívida” (AgRg no REsp 1.249.149/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 09/11/2012).

Inúmeros precedentes dessa Corte atestam essa realidade, bastando, para fins de ilustração, a menção à ementa de dois acórdãos, proferidos pela 3ª e pela 4ª Turmas:

[...]

15. Para a FEBRABAN, esse entendimento merece ser reafirmado, fixando-se orientação no sentido de que a faculdade concedida ao devedor-fiduciante prevista no §2º do art. 3º do Decreto-Lei nº 911, de 1969, exige o pagamento integral da dívida associada ao contrato de alienação fiduciária em garantia.

16. Primeiramente, porque é esse o entendimento que converge com a intenção legislativa que justificou a modificação introduzida pela Lei nº 10.931, de 2004, no procedimento de busca e apreensão relativo à recuperação do bem dado em garantia, por alienação fiduciária. Confira-se a justificativa contida na Exposição de Motivos, subscrita pelo Ministro de Estado da Fazenda Antonio Palocci Filho (EM 00027/2004-MF):

[...]

17. Como se vê, a alteração legislativa teve como móvel a necessidade de conferir maior efetividade processual ao direito material de garantia, concedendo ao credor, logo no início da ação busca e apreensão e uma vez constatada a inadimplência, a consolidação da posse e da propriedade do bem dado em garantia.

18. Não é necessário, no entanto, acudir à intenção do legislador para chegar a essa conclusão. Os mais diversos métodos de interpretação conduzem ao mesmo entendimento.

19. Deve-se atentar, inicialmente, para a circunstância de que o dispositivo legal vincula a purgação da mora ao fato de “o devedor fiduciante [...] pagar a integralidade da dívida pendente”. A expressão “dívida pendente” remete, inequivocamente, a toda a obrigação pecuniária ainda não paga pelo devedor e não apenas às prestações vencidas.

20. Essa conclusão é reforçada quando se coteja a redação original do Decreto-Lei com aquela advinda da Lei nº 10.931, de 2004. Em sua redação original, dispunha o art. 3º:

[...]

24. Desafia, assim, o texto e a lógica pensar que teria havido um esforço legislativo para alterar a redação do § 2º do art. 3º para que tudo permanecesse como estava, para permitir a purgação da mora no processo de busca e apreensão.

25. A rigor, como tem enfaticamente reiterado a jurisprudência da Corte, o novo marco legal veio para extinguir essa possibilidade extraordinária de purgação da mora existente na busca e apreensão.

[...]

27. É eloquente que o texto legal se refira à restituição do bem “livre do ônus”, uma vez paga a integralidade do débito. Não há sentido lógico em pensar que a lei teria facultado ao devedor a purgação da mora, dando prosseguimento à relação contratual, e impondo ao

credor a perda da garantia. Se o bem é restituído ao devedor, livre do ônus da alienação fiduciária em garantia é porque o devedor quitou o contrato, extinguindo-se, pois, o pacto acessório da garantia, devendo-se transferir a propriedade para o devedor.

[...]

32. Se há momento para a purgação da mora, ele só pode existir, no regime legal da alienação fiduciária em garantia, até o momento que antecede o ajuizamento da ação. (fls. 334-340)

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor Bancário - IBDCONB, em subsequentes petições formuladas apenas em 12 e 13 de maio do corrente ano, após a publicação da presente pauta de julgamento, requereu sua admissão como *amicus curiae* ou a recepção como memoriais da seguinte argumentação, *in verbis*:

Veja que já em 1974 a Suprema Corte entendia que, exigir-se do consumidor o pagamento integral do débito considerado antecipadamente vencido na sua integralidade, sem direito à purga da mora, como única forma de impedir a perda do bem, caracteriza manifesta violação ao devido processo legal, ao direito de acesso à justiça e aos direitos do consumidor.

Assim, no caso do presente representativo temos que o Decreto-lei 911/69, tanto em sua redação antiga quanto em sua nova redação, advinda das alterações introduzidas pela Lei 1.0931/2004, confere ao devedor o direito de purgar a mora

para que lhe seja restituído o bem objeto da Busca e Apreensão.

[...]

Considerar vencidas todas as prestações, antes mesmo de dar ao devedor a oportunidade de purgar a mora, seria o mesmo que negar o direito ao inadimplente de redimir-se frente ao credor, quitando os valores já efetivamente devidos.

No entanto, esta exigência, de pagamento da integralidade da dívida para purgar a mora, demanda uma interpretação sistemática, porque não condiz com a intenção do legislador quando elaborou o Código de Defesa do Consumidor, conflita com o instituto da purgação da mora (CC, art. 401, inciso I) e fere o princípio da função social do contrato.

Neste contexto, em consonância com a finalidade da Lei do Consumidor, a partir do qual deve ser interpretado o contrato firmado entre as partes, deve-se exigir do devedor o adimplemento das parcelas vencidas, acrescidas de correção monetária e juros de mora, a fim de purgar a mora e retomar a normalidade do pacto.

[...]

Sob essa ótica temos a aplicabilidade do princípio da função social do contrato, positivado no artigo 421 do Novo Código Civil, mas já vigente em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, em razão do princípio da função social da propriedade, impõe que os contratos tenham o seu curso normal, de acordo com o pactuado, devendo ser evitado

ao máximo o desfazimento precipitado do negócio jurídico.

[...]

Neste contexto, em consonância com a finalidade da Lei do Consumidor, a partir da qual deve ser interpretado o contrato firmado entre as partes, deve-se exigir do devedor o adimplemento das parcelas vencidas, acrescidas de correção monetária e juros de mora, a fim de purgar a mora e retomar a normalidade do pacto, sob pena de enriquecimento ilícito da instituição bancária.

[...]

Cumpre no caso em tela trazer o brilhante voto divergente do Ministro Catarinense Marco Buzzi, quando do julgamento do REsp 1287402/PR, senão vejamos:

[...]

O Ministério Público Federal opina pelo parcial provimento do recurso especial para reconhecer que, “em razão das alterações trazidas pela Lei nº 10.931/2004, deixou de existir a purgação da mora prevista anteriormente no art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei nº 911/1969, e que deu ensejo à edição da Súmula 284, do STJ, pois, sob a nova sistemática legal, cinco dias após executada a liminar de busca e apreensão, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, ressalvada” a possibilidade, dentro desse mesmo quinquídio, de pagamento integral da dívida pendente.

Em vista de informações colhidas nos tribunais estaduais, no sentido de que, atualmente, encon-

tram-se pendentes de distribuição milhares de ações que versam sobre a mesma matéria vertida no presente recurso especial, determinei a suspensão dos processos em que a controvérsia tratada nos presentes autos tenha sido estabelecida, na mesma linha dos procedimentos adotados nos Recursos Especiais 1.060.210/SC (Rel. Min. Luiz Fux), 1.251.331/RS (Rel. Min. Maria Isabel Gallotti) e 1.419.697/RS (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino). Em face dessa decisão, opôs o recorrente Banco Bradesco Financiamentos S.A. embargos de declaração (fls. 319-327).

Marcelo Barros de Castro, afirmando ser terceiro interessado, requereu seja admitida sua intervenção como assistente simples, pois “o resultando do presente recurso repetitivo influenciará decisivamente na solução dos embargos de divergência em que o Requerente é parte” (fls. 313-412).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Para logo, indefiro, por manifestamente descabido, o pedido de ingresso como assistente simples de Marcelo Barros de Castro.

O fato de ser parte em feito em que se discute tese que será firmada no presente recurso, evidentemente, não implica reconhecimento de seu interesse jurídico no deslinde da presente demanda.

Ademais, admissão dessa tese abriria a possibilidade de manifestação de todos aqueles que figu-

ram em feitos que tiveram a tramitação suspensa em vista da presente afetação - o que, evidentemente, inviabilizaria o julgamento de recursos repetitivos.

Outrossim, é bem de ver que o requerente não se enquadra dentre o rol indicado no artigo 543, § 4º, do CPC, sendo certo que nem os elencados no referido dispositivo podem ser admitidos como assistentes no procedimento de recursos representativos da controvérsia, não lhes sendo possível nem mesmo a interposição de recurso impugnando a decisão que vier a ser prolatada.

O interesse do peticionário, que se pode vislumbrar no julgamento do presente recurso, é meramente subjetivo, quando muito reflexo, de cunho meramente econômico - o que não justifica sua admissão como assistente simples:

PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO DE LINHA RODOVIÁRIA. IRREGULARIDADE. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA SIMPLES. ART. 50 DO CPC. INDEFERIMENTO. INTERESSE JURÍDICO NÃO DEMONSTRADO.
[...]

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples é necessária a presença de interesse jurídico, ou seja, a demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo.

3. O Tribunal a quo, ao decidir acerca da intervenção de terceiro, consignou que eventual interesse financeiro que a parte agravante possa ter no deslinde do feito não se confunde com o interesse jurídico a justificar sua presença como parte no feito. Ora, a falta de demonstração pelo agravante, conforme analisado na origem, do necessário interesse jurídico no resultado da demanda, inviabiliza o seu ingresso no feito como assistente simples.

4. As pretensões de integrar o pólo passivo são motivadas pela concorrência supostamente desleal ocasionada pela atuação da empresa autora em sobreposição às linhas por elas operadas, acarretando suposto desrespeito às permissões que detêm e ao equilíbrio econômico-financeiro dos seus contratos, o que denota a existência de interesse meramente econômico na demanda. Até porque a concessão de direitos de exploração de uma linha de ônibus para uma empresa não afronta direitos de terceiros sobre as mesmas linhas, uma vez que a permissão ou autorização de exploração de linhas de ônibus não confere direito à exclusividade. Precedente: REsp 762.093/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 18/06/2008.

5. Agravo regimental não provido.
(AgRg no AREsp 392.006/PR, Rel. Ministro MAURO CAMP-BELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 12/11/2013)

3. Quanto aos embargos de declaração opostos pelo recorrente em face da superveniente decisão interlocutória de fls. 311-312, estão prejudicados os aclaratórios de fls. 319-327, diante do julgamento ora realizado.

4. Iniciando o exame do recurso especial, observo que não comporta conhecimento a tese recursal impugnando as condições impostas para a retirada do bem móvel da comarca do Juízo de origem, pois não foi apontado dispositivo de direito federal violado, incidindo, por analogia, a Súmula 284/STF a impedir, no ponto, o enfrentamento dessa tese recursal.

Ademais, o acórdão recorrido está assentado também em fundamento constitucional, sem que o recorrente tenha manejado recurso extraordinário - o que atrai a incidência da Súmula 126/STJ.

5. A questão controvertida consiste em saber se, com o advento da Lei n. 10.931/2004, que alterou o art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, nas ações de busca e apreensão de bem móvel alienado fiduciariamente, é possível a purgação da mora pelo pagamento somente das parcelas vencidas, ou se o dispositivo exige o pagamento da integralidade da dívida, isto é, o montante apresentado pelo credor na inicial.

O acórdão recorrido dispôs:

Como se viu do relatório, a agravante se limitou a reiterar as alegações expostas no agravo de instrumento. Assim sendo, as razões expostas no apelo são insuficientes para modificar a

decisão monocrática proferida nos seguintes termos:

[...]

Conforme disposto no § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, com as alterações advindas da Lei nº 10.931/04, é garantido ao devedor fiduciante a possibilidade de reaver a posse do bem alienado, desde que, no prazo de 5 dias após o cumprimento da medida liminar de busca e apreensão, efetue o depósito da "integralidade da dívida pendente".

[...]

Não há como admitir a limitação para purgação da mora à quitação integral do contrato, porquanto a expressão "integralidade da dívida pendente" a que se refere o citado dispositivo legal não é sinônimo de dívida total do contrato, mas sim de dívida vencida até a data em que for purgada a mora.

[...]

À purgação da mora deve ser efetuada pelo débito existente até a elaboração da conta, não podendo ser incluídas as parcelas futuras, cujos vencimentos seriam antecipados caso a mora não fosse purgada.

Desse modo, caso a agravante pretenda retirar o bem da comarca ou realizar a venda antecipada, deverá requerer expressa autorização do juízo, sob pena de ofensa aos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal. (fls. 87-89)

6. Nesse passo, conforme disposto no art. 3º, § 8º, do Decreto-Lei n. 911/1969, a busca e apreensão

prevista no mencionado dispositivo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.

Com efeito, trata-se de ação especial - com elementos tanto de cognição como de execução - instituída para a execução da garantia real sobre coisas móveis, sob a modalidade de alienação fiduciária, por meio da qual o credor consegue consolidar a posse e o domínio sobre o bem gravado. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 3, p. 575)

De início, consigno que a Súmula 284/STJ, anterior à Lei n. 10.931/2004, orienta que a purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.

No entanto, é bem de ver que a Súmula espelha a redação primitiva do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 911/1969, que tinha a seguinte redação:

Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por

cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora.

Todavia, após a edição do enunciado de Súmula referido, sobreveio legislação específica regulando de modo diverso a mesma questão; e, portanto, na lição do gênio de Pontes de Miranda, a regra jurídica determina desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, por isso tem todo poder no que se refere aos efeitos jurídicos dos atos:

1. Alcance da eficácia. A regra jurídica e com ela, o sistema jurídico determinam desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, qual a sua qualidade e qual a sua intensidade. A técnica legislativa, fundada em experiências e investigações lógicas, adota, para isso, conhecimentos preciosos. Não há, porém, princípio *a priori* de proporcionalidade, ou de equivalência entre fatos e efeitos: fatos distintos, às vezes assaz diferentes, podem ter os mesmos efeitos. Pense-se no efeito "propriedade dos móveis" e nos fatos que o sistema jurídico fez fatos jurídicos ("ocupação", "caça", "pesca", "achada" ou "invenção", "descobrimento do tesouro", "especificação", "posse da coisa como sua durante x anos"). Pense-se na variedade de atos que são punidos com reclusão. O testamento tanto é testamento se feito por instrumento público, como se feito por instrumento privado.
A regra jurídica tem todo poder no tocante aos efeitos jurídicos. Quanto aos fatos, é

menor, porque ou os deforma, o que não pode ir até excluí-los, ou torná-los indiscerníveis dos outros, ou os toma como se apresentam, ou faz lhes corresponda fato-função (fato jurídico de que o outro é sinal). O silêncio dá-nos muitos casos de tal equivalência, sugerida por simples comodidade de técnica. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, tomo 5, p. 35-103)

Com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 passaram a estabelecer, *in verbis*:

Art 3º O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

**§ 1º Cinco dias após executa-
da a liminar** mencionada no **caput**, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)

**§ 2º No prazo do § 1º, o de-
vedor fiduciante poderá pa-
gar a integralidade da dívi-
da pendente**, segundo os va-
lores apresentados pelo credor
fiduciário na inicial, **hipótese na**

**qual o bem lhe será restituí-
do livre do ônus.** (Redação
dada pela Lei 10.931, de 2004)

O texto atual do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é de clareza solar no tocante à necessidade de quitação de todo o débito, inclusive as prestações vincendas.

Realizando o cotejo entre a redação originária e a atual, fica límpido que a Lei não faculta mais ao devedor a purgação de mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida.

Dessarte, a redação vigente do art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, segundo entendo, não apenas estabelece que o devedor fiduciante poderá **pagar a integralidade da dívi-
da pendente**, como dispõe que, **nessa hipótese, o bem será
restituído livre do ônus** - não havendo, pois, margem à dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação, relativa à relação jurídica de direito material (contratual).

Esse é também, por todos, o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

- e) Purga da mora: era admisível ao devedor escapar da busca e apreensão, no sistema do Dec.-Lei nº 911/69, recolhendo apenas as prestações vencidas, mas isto só se permitir caso já tivessem sido pagos pelo menos 40% da dívida. Pela nova siste-

mática implantada pela Lei nº 10.931/2004, não existe mais a antiga purga da mora. O devedor executado só escapa da busca e apreensão pagando o valor integral do saldo do contrato, e isto haverá de acontecer nos primeiros 5 dias após a execução da liminar. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 3, p. 575)

Igualmente, como alertado pelo *amicus curiae* Febraban, na exposição de motivos relativa à Lei n. 10.931/2004, subscrita pelo então Ministro de Estado de Fazenda Antonio Palocci Filho, constava:

13. Dessa forma, as alterações propostas ao Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, objetivam agilizar a venda do bem retomado, sem prejuízo ao mutuário, inclusive propiciando-lhe uma forma mais célere de quitação de sua dívida. Ademais, a fim de prevenir abusos por parte do credor fiduciário, foi estabelecida pesada multa, caso se constate irregularidades na venda pela instituição credora do bem alienado fiduciariamente, sem prejuízo de ação de perdas e danos futura. Com isso, garante-se ao mutuário a salvaguarda de receber o equivalente monetário do bem indevidamente alienado, mas também a compensação por qualquer dano que a venda do bem possa lhe ter provocado.

Arrematando, Melhim Namem Chalhub anota que, durante a tra-

mitação do Projeto de Lei, pugnando pela manutenção da faculdade da purgação da mora pelo devedor fiduciante, foi proposta, após gestões do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Seção do Rio de Janeiro da OAB, a Emenda n. 22 ao Projeto de Lei, que não foi acolhida. Outrossim, observa que o Projeto de Lei visou dar celeridade à venda do bem apreendido - principalmente para evitar sua deterioração.

Note-se:

Quando da tramitação do Projeto, manifestamo-nos no Instituto dos Advogados Brasileiros e na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Estado do Rio de Janeiro, e formulamos emenda visando suprir a omissão de modo a assegurar os direitos do devedor fiduciante. A proposta de emenda foi encaminhada a Congresso Nacional e efetivamente apresentada sob o n. 22, mas não foi acolhida, tendo sido aprovada em seu lugar outra emenda que, embora preveja o pagamento da dívida depois do cumprimento da liminar de busca e apreensão, impõe ao devedor o pagamento integral do financiamento, e não apenas o pagamento das prestações vencidas.

[...]

Essa nova redação decorre do Projeto de Lei 3.065/2004, pelo qual o Poder Executivo propôs alterações no Dec.-Lei 911/69, visando dar celeridade à venda do bem apreendido, principalmente para evitar sua deterioração. (TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais. Obriga-*

ções e contratos, contratos em espécie: atribuição patrimonial e garantia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. V, p. 440-442)

7. É bem de ver que, em realce ao argumento de natureza constitucional, se de um lado a Lei n. 10.931/2004 visou dar celeridade à venda do bem apreendido para evitar a sua deterioração, por outro, modificou a redação art. 3º, parágrafo 6º, do Decreto-Lei n. 911/1969 para estabelecer que, na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a 50% do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.

Konrad Hesse observa que, ordinariamente, é o legislador democrático que está devidamente aparelhado para a apreciação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais. (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 285).

Nisso consiste a tarefa específica da normatização de direito privado, que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição, tanto em perspectiva histórica, quanto também no tocante ao conteúdo, haja vista que o direito privado, em regra, disponibiliza so-

luções muito mais diferenciadas para conflitos entre os seus sujeitos do que a Constituição poderia fazer. (CANARIS, Claus-Wilhelm. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 225).

Dessarte, não se pode presumir a imprevidência do legislador que, democraticamente eleito, em matéria de competência do Poder Legislativo, presumivelmente sospendendo as implicações sociais, jurídicas e econômicas da modificação do ordenamento jurídico, vedou, para alienação fiduciária de bem móvel, a purga da mora, sendo, pois, matéria insusceptível ao controle jurisdicional (infraconstitucional).

Nesse passo, a título de registro, vale transcrever o voto proferido no REsp 1.287.402/PR, relator p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira. Sua Excelência alinhou:

A hipótese legal, para mim, é muito clara. O devedor pode, nos 5 (cinco) dias previstos em lei, pagar a integralidade da dívida pendente. “O devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus”.

Ora, se o bem vai ser restituído livre de ônus, é porque deverá ser realizado o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vincendas e encargos. É o que

se conclui da leitura do § 2º do artigo 3º do Decreto-lei n. 911/69, com a redação introduzida pela Lei n. 10.931/2004;

Sr. Presidente, entendo que a alteração do referido Decreto-lei levada a efeito por meio da Lei n. 10.931/2004 não foi à toa. A intenção do legislador é exatamente essa: o pagamento da integralidade da dívida (parcelas vencidas e vincendas).

O instituto da alienação fiduciária é um instituto útil para o desenvolvimento do País. Não é só financiamento de automóveis, inclui financiamento de máquinas, equipamentos, implementos agrícolas e até imóveis.

Esse instituto, na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito. Por isso, pedindo vênia ao relator, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO.

Nessa mesma toada, naquela ocasião, a Ministra Maria Isabel Gallotti argumentou:

Sr. Presidente, como o Relator bem reconheceu, a alienação fiduciária foi imprescindível para que o consumidor pudesse ter acesso a crédito. E não é só acesso a crédito, penso que ela repercute também na própria taxa de juros bancária, na diminuição do risco assumido pelo banco, uma vez que possibilita o retorno do capital de uma forma mais rápida em caso de inadimplência. Penso

que a alienação fiduciária só causa esse resultado de facilitar o crédito se for dentro do sistema legal em que ela foi concebida, que é um sistema feito por lei ordinária, primeiro um decreto-lei da década de 1969, que sofreu alterações de uma lei de 2004, com a mesma hierarquia do CDC. Penso que não se pode deixar de aplicar uma regra legal expressa, editada em 2004, porque ela seria contra um princípio do CDC e penso que a circunstância do CDC ser aplicável a contratos bancários não impede que leis ordinárias posteriores sejam editadas estabelecendo um tipo de contrato que visa a dar maior garantia às instituições financeiras do resgate da dívida exatamente para que elas possam oferecer mais crédito com taxas de juros que deveriam ser mais acessíveis. Mas, se não são, se os juros são altos mesmo assim, é uma questão de mercado e de política econômica que não pode ser resolvida por meio de iniciativas tópicas do Poder Judiciário em casos concretos submetidos à sua apreciação.

Com efeito, embora respeitando o entendimento contrário, penso que, sob pena de se criar inssegurança jurídica e violação ao princípio da tripartição dos poderes, não cabe ao Judiciário, a pretexto de interpretar a norma, terminar por, mediante engenhosa construção, criar hipótese de purgação da mora não contemplada pela Lei.

8. Em outro giro, conforme a consagrada doutrina de Carlos Maximiliano, jamais poderá o juiz, a pretexto de interpretar, esvair a

essência da regra legal, ressaltando que as disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, mas reduz-se à hipótese expressa:

Jamais poderá o juiz transpor os limites estabelecidos pelo Código [...]. Não considera a lei como rígida, sem lacunas e sem elastério, inadaptável às circunstâncias; completa o texto; porém não lhe corrige a essência, nem o substitui jamais.

[...]

272 - As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente.

[...]

286 - Parece oportuna a generalização da regra exposta acerca de determinadas espécies de preceitos, esclarecer como se entende e aplica uma norma excepcional. É de Direito estrito; reduz-se à hipótese expressa: na dúvida, segue-se a regra geral. **Eis porque se diz que a exceção confirma a regra nos casos não exceituados.**

287 - O processo de exegese das leis de tal natureza é sintetizado na parêmia célebre, que seria imprudência eliminar sem maior exame - '**interpretam-se restritamente as disposições derogatórias do Direito comum**'. Não há efeito sem causa: a predileção tradicional pelos brocados provém da manifesta utilidade dos mes-

mos. Constituem sínteses esclarecedoras, admiráveis súmulas de doutrinas consolidadas. Os males que lhes atribuem são os de todas as regras concisas: decorrem não do uso, e sim do abuso dos dizeres lacônicos. O exagero encontra-se antes na deficiência de cultura ou no temperamento do aplicador do que no âmago do apotegma. Bem compreendido este, conciliados os seus termos e a evolução do Direito, a letra antiga e as idéias modernas, ressaltará ainda a vantagem atual desses comprimidos de idéias jurídicas, auxiliares da memória, amparos do herme-neuta, fanais do julgador vacilante em um labirinto de regras positivas.

Quanta dúvida resolve, num relâmpago, aquela síntese expressiva - interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum!

Responde, em sentido negativo, à primeira interrogação: o Direito Excepcional comporta o recurso à analogia? Ainda enfrenta, e com vantagem, a segunda: é ele compatível com a exegese extensiva? Neste último caso, persiste o adágio em amparar a recusa; acompanham-no reputados mestres; outros divergem, porém mais na aparência do que na realidade: esboçam um sim acompanhado de reservas que o aproximam do não. Quando se pronunciam pelo efeito extensivo, fazem-no com o intuito de excluir o restritivo, tomado este na acepção tradicional. **Timbram em evitar que se aplique menos do que a norma admite; porém não preten-**

dem o oposto - ir além do que o texto prescreve. O seu intento é tirar da regra tudo o que na mesma se contém, nem mais, nem menos. Essa interpretação bastante se aproxima da que os clássicos apelidavam declarativa; **denomina-se estrita: busca o sentido exato; não dilata, nem res-tringe.**

Com as reservas expostas, **a parêmia terá sempre cabimento e utilidade.** Se forá lícito retocar a forma tradicional, substituir-se-ia apenas o advérbio: ao invés de restritiva, estri-tamente. Se prevalecer o escrú-pulo em emendar adágios, de leve sequer, bastará que se entenda a letra de outrora de acordo com as idéias de hoje: o brocado sintetiza o dever de aplicar o conceito **excepcional só à espécie que ele exprime, nada acrescido, nem suprimido ao que a norma encerra, observada a mesma, portanto, em toda a sua plenitude.** (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 69, 184, 191 e 192)

Com efeito, como regra basilar de hermenêutica, no confronto entre as regras específicas e as de-mais do ordenamento jurídico, deve prevalecer a regra excepcional.

Essa é também a doutrina de Claudia Lima Marques, citada por Melhim Namem Chalhub, ao assen-tar que a lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes; normas diferentes, no-vas, mais específicas do que as an-

teriores e que, como o CDC não regula contratos específicos, em casos de incompatibilidade, há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia:

É nesse sentido a lição de Cláudia Lima Marques, que, ao examinar as antinomias em face do CDC, observa que se "ambas as leis permanecem no sistema haveria prevalência da lei especial. (...) A jurisprudência tende a conceber prevalência às normas especiais, sempre que não em conflíto com a Constituição," salien-tando a prevalência da lei especi-al, quando posterior: "A lei es-pecial nova geralmente traz nor-mas a par das já existentes, nor-mas diferentes, novas, mais es-pefícias do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não re-gula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão raroos casos de in-compatibilidade. Se, porém, os casos de incompatibilidade são poucos, nestes há clara prevalência da lei especial nova pelos critérios de especialidade e cronologia. (...) Assim, o CDC como lei geral de proteção dos consu-midores poderia ser afastado para a aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como no caso da lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de pre-ceitos". (CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 302 e 303)

Dessarte, é inegável que, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, o

art. 3º, parágrafos 1º e 2º, do Decreto-Lei 911/1969, para os casos de alienação fiduciária envolvendo bem móvel, é mitigado o princípio da conservação dos contratos consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pelo afastamento, para esta relação contratual, do art. 401 do CC.

Nesse particular, ademais, cumpre consignar que, evidentemente, naquilo que compatível, aplicam-se à relação contratual envolvendo alienação fiduciária de bem móvel, integralmente, as disposições previstas no Código Civil e, nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor.

Igualmente, não se está a dizer que, no período de 5 dias após a execução da liminar prolatada na ação de busca e apreensão, isto é, antes que a posse plena e a propriedade se consolidem no patrimônio do credor, não possam as partes pactuar transação - negócio jurídico que tem por “elemento constitutivo a concessão de vantagens recíprocas, por isso mesmo não se confunde com renúncia, desistência ou doação” (REsp 1071641/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 13/06/2013).

9. Com efeito, é entendimento consolidado nesta Corte Superior que, após o advento da Lei n. 10.931/2004, que deu nova redação ao art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, não há falar em purgação da mora, haja vista que, sob a nova sistemática, após decorrido o prazo de 5 (cinco) dias contados da execução da liminar, a proprieda-

de do bem fica consolidada com o credor fiduciário, devendo o devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente a fim de obter a restituição do bem livre de ônus.

Esse entendimento foi sufragado em inúmeros e recentes precedentes das duas Turmas que compõem a Segunda Seção. Confirmam-se os julgados:

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA E PROSEGUIMENTO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DO TOTAL DA DÍVIDA (PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS). DECISÃO MANTIDA.

1. A atual redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 não facilita ao devedor a purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.

2. Somente se o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1398434/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 11/02/2014)

AGRADO REGIMENTAL NO RE-CURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUS-CA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA. INSUBSTÂNCIA DA SÚMULA N° 284/STJ. LEI N° 10.931/2004 QUE ALTEROU O DECRETO-LEI N° 911/69.

1. A purgação da mora antes prevista no art. 3º, § 3º, do Decreto-Lei n° 911/69, e que deu ensejo à edição da Súmula nº 284/STJ, não mais subsiste em virtude da Lei nº 10.931/2004, que alterou referido dispositivo legal.

2. Sob a nova sistemática legal, após decorrido o prazo de 5 (cinco) dias, contados da execução liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário, cabendo ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescentes para fins de obter a restituição do bem livre de ônus.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1151061/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 12/04/2013)

AGRADO REGIMENTAL NO RE-CURSO ESPECIAL. AÇÃO D E OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMU-LADA COM PEDIDO DE REPA-RAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONTRATO DE FINANCIAMEN-TO GARANTIDO POR ALIENA-ÇÃO FIDUCIÁRIA.

1. Com a edição da Lei 10.931/04, afastou-se a possibilidade de purgação da mora nas ações de busca e apreensão oriundas de contrato de mútuo garantido por alienação fiduciária.

2. Compete ao devedor, no prazo de cinco dias da execução da

liminar, pagar a integralidade da dívida, entendida esta como os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Inviável a inclusão de outras despesas de cobrança no montante devido para purga da mora, por quanto apenas podem ser incluídas no leito estreito da ação de busca e apreensão, as verbas expressamente previstas pelo § 1º, do artigo 2º, do Decreto-lei 911/69.

4. Necessidade de retorno dos autos à origem para apreciação do pedido de reparação dos danos morais.

5. **AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** (AgRg no REsp 1249149/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TUR-MA, julgado em 06/11/2012, DJe 09/11/2012)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECI-AL. AÇÃO DE BUSCA E APREEN-SÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO IN-TRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA E PROSSEGUIMENTO DO CON-TRATO. IMPOSSIBILIDADE. NE-CESSIDADE DE PAGAMENTO DO TOTAL DA DÍVIDA (PARCE-LAS VENCIDAS E VINCENT-DAS).

1) A atual redação do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 não fa-

culta ao devedor a purgação da

mora nas ações de busca e apre-

ensão de bem alienado fiducia-

riamente.

2) Somente se o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária.

3) A entrega do bem livre do ônus da propriedade fiduciária pressupõe pagamento integral do débito, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos.
4) Inexistência de violação do Código de Defesa do Consumidor.

Precedentes.

5) Recurso especial provido.
(REsp 1287402/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 18/06/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - BUSCA E APREENSÃO - CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - PURGAÇÃO DA MORA - IMPOSSIBILIDADE - PRECLUSÃO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF - RECURSO IMPROVIDO.
(AgRg no Ag 1385205/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 26/04/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CONTRATO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 10.931/04. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. SÚMULA 83 DO STJ.

1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Com a nova redação do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 911/69, dada pela Lei 10.931/04, não há mais se falar em purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, devendo o devedor pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus.

3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do enunciado Nº 83 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1183477/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 10/05/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. VERBETE N.º 182 DA SÚMULA DO STJ. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGAÇÃO DA MORA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. LEI N.º 10.931/2004. INTEGRALIDADE DA DÍVIDA. VERBETE 284 DA SÚMULA DO STJ SUPERADO. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. “É inviável o agravo do art. 545 que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”. Verbete n.º 182, da Súmula/STJ.

2. O dissídio jurisprudencial não restou caracterizado, tendo em vista que o acórdão colacionado como paradigma, publicado em 1975, além de não refletir entendimento atual, não está fundamentado nas mesmas premissas que o aresto recorrido; de fato, o Tribunal a quo decidiu a questão sob a ótica da Lei n.º 10.931, de 02 de agosto de 2004, circunstância ausente no julgado paradigma.

3. Ademais, o entendimento da Corte de origem está em consonância com recente jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, na vigência da Lei n.º 10.931/2004, a purgação da mora não está mais condicionada ao pagamento de 40% do valor financiado, uma vez que “sob o novo regime, cinco dias após a execução da liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário. Todavia, no § 2º autorizou a nova redação que o devedor naquele prazo de cinco dias pague a integralidade da dívida, o que quer dizer a dívida segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, ‘hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus’. Ora, com isso, de fato, fica superada a Súmula n.º 284 da Corte alinhada à redação anterior do § 1º do art. 3º” (Resp 767.227, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13.02.06).

4. Agravo não conhecido. (AgRg no Ag nº 772.797/DF, Rel. Min.

HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 4ª Turma, DJ 6/8/2007)

Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei nº 911/69 com a redação dada pela Lei nº 10.931/04. 1. Com a nova redação do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 pela Lei nº 10.931/04, não há mais falar em purgação da mora, podendo o credor, nos termos do respectivo § 2º, ‘pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus’.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp 767.227/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª Turma, DJ 13/02/2006)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: REsp 1.203.889/MG, Rel. Sidnei Beneti, DJe 16/9/2010; REsp 1.193.657/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 25/8/2010; Ag nº 1.275.506, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe 24/8/2010; REsp nº 1.194.121/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23/8/2010; REsp nº 1.197.255/MS, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 13/8/2010.

Diante do novo texto legal, fica nítido que, nos contratos celebrados após a vigência da Lei n. 10.931/2004 - pois esta não pode retroagir para atingir pretensão de direito material relativa à relação contratual anterior à sua vigência (RE 205999, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 16/11/1999, DJ 03-03-2000 PP-00089 EMENT VOL-01981-05 PP-00991) -, compete ao deve-

dor, no prazo de 5 (cinco) dias da execução da liminar, pagar a integralidade da dívida, entendida esta como o montante apresentado e comprovado pelo credor fiduciário na inicial.

Esse é também o entendimento defendido por Humberto Theodoro Júnior:

O devedor só escapa da busca e apreensão pagando o valor integral do saldo do contrato, e isto haverá de acontecer nos primeiros dias após a execução da liminar. A exigência da lei nova, no entanto, não deve ser aplicada à purgação requerida ainda na vigência da norma antiga, visto que o tema da mora e sua emenda pertencem ao direito material e não ao processual. O efeito imediato que alcança os processos em curso, diz respeito apenas às normas processuais. O direito material já exercido não pode ser afetado por eficácia retroativa de lei superveniente. É indiferente que o deferimento do depósito tenha ocorrido já na vigência da lei nova, se a pretensão tiver sido exercida antes dela. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. 3, p. 575 e 576)

Nesse mesmo sentido, é o seguinte precedente do STJ:

Direito bancário. Pedido de busca e apreensão. **Requerimento de purgação da mora formulado, pelo devedor, à época em que o DL 911/69 vigia com sua redação original**

nal, que estabelecia, como requisitos para a purgação, o depósito das parcelas vencidas consoante cálculo do contador judicial. Apreciação de tal pedido promovida pelo juízo somente meses após sua formulação, momento em que o DL 911/69 já fora alterado pela Lei 10.931/2004, que estabeleceu, para a purgação da mora, o depósito de toda a dívida. Impossibilidade de aplicação da lei nova para decisão de pedido formulado quando vigente a lei antiga.

A norma que disciplina a purgação da mora tem conteúdo de direito material, não de direito processual. Vale dizer, na hipótese em que o devedor exerce o direito à purgação da mora, é restabelecida a vigência do contrato, retirando-se do credor a faculdade de promover sua rescisão por inadimplemento.

A alteração da Lei quanto aos requisitos da purgação da mora não pode impedir o deferimento de pedido já formulado pela parte, com observância das exigências fixadas na lei anterior. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 904752/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 11/11/2009)

10. Assim, a tese a ser firmada para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil, que ora encaixinho, é a seguinte:

“Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívi-

da - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária”.

11. No caso, dou provimento ao recurso especial para estabelecer que, sob pena de consolidação da posse e propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária, compete ao devedor pagar a integralidade da dívida, entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor fiduciário na inicial.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Incialmente, sobreleva deixar assente que, a partir do julgamento do Resp n. 1.287.402/PR (Relator Ministro MARCO BUZZI, Relator p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgado em 03/05/2012, DJe 18/06/2013), em que a Quarta Turma, por maioria de votos, perfilhou o posicionamento de que, “decorrido o prazo de cinco dias, contados da execução da liminar, cabe ao devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente (parcelas vencidas e vincendas) para fins de obter a restituição do bem livre de ônus”, este subscritor passou a adotar a aludida orientação, atento à função uniformizadora desta Corte de Justiça, procedendo-se à ressalva de seu entendimento pessoal sobre a questão.

Do mesmo modo em que se procedeu naquela oportunidade, este signatário consigna que, tanto o teor do artigo 2º, § 3º, do Decreto-Lei 911/69, que faculta ao credor fiduciário considerar antecipadamente vencida a totalidade da dívida em caso de mora, quanto o prescrito no artigo 3º, §§ 1º e 2º, que possui previsão no sentido de que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, devem ser interpretados a bem da preservação do contrato de adesão firmado pelas partes, já que a norma não veda expressamente a purgação da mora, ou se preferir, o resgate do débito pendente.

Tal ponderação milita em dar ênfase aos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), mormente no caso sob análise, em que o devedor (parte vulnerável) se dispõe ao pagamento do débito vencido e não pago, a fim de preservar a avença, restando, portanto, resgatadas a função social do contrato e a boa-fé objetiva que devem respaldar tais negócios jurídicos.

Frise-se que procede de interpretação normativa e não de disposição expressa de lei, o entendimento que obriga o devedor fiduciante ao pagamento da integralidade do saldo devedor por força do vencimento antecipado decorrente da mora, vez que o texto legal estabelece uma faculdade ao credor fiduciário em considerar antecipadamente vencido o contrato, o que não impede ou afasta a interpretação dos dispositivos legais já mencionados em favor da parte vulnerável da relação, como exige

o estatuto consumerista, no sentido de possibilitar e preservar a continuidade da relação contratual, nos casos em que evidenciado o pagamento das parcelas em atraso no prazo estabelecido no §1º do art. 3º do Decreto-Lei 911/69.

Com o devido e máximo respeito, sufraga-se que o entendimento ora esposado por esta Corte, acerca do tema em foco, não se mostra compatível com a principiologia exergética que orienta nosso sistema, porquanto confere interpretação extensiva ao artigo 3º, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 911/69, com a redação dada pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, fazendo presumir que, para a purgação da mora exigir-se-ia o pagamento integral do saldo devedor do mútuo, e não o resgate da integralidade da dívida pendente, até então.

Confira-se:

“Art. 56. O Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

§1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

§2º No prazo do §1º, o **devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente**, segundo os valores

apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. [...]” (grifo nosso)

A redação do mencionado artigo refere-se à **dívida pendente**, nãoelucidando tratar-se da dívida em aberto até o momento do pagamento, ou da integralidade do valor de todo o financiamento, mostrando-se exacerbado considerar legítima apenas esta última hipótese, porquanto tal interpretação não se coaduna com o ânimo do ordenamento jurídico pátrio, o qual acolheu o estatuto consumerista, que é voltado ao amparo da parte mais vulnerável da relação material, além de defender, como já dito, a opção pela preservação do contrato.

Com efeito, no caso em julgamento, a interpretação no sentido de que talpreceito exige o pagamento da integralidade do débito, reputando vencido antecipadamente o contrato, somente é viável a partir da conjugação do dispositivo antes transcrita com o texto do §3º do artigo 2º do DL 911/69 assim redigido:

“A mora e o inadimplemento de obrigações garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida, **facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais**, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial”. (grifo nosso)

Pela simples leitura do dispositivo acima transscrito, tem-se que o DL nº 911/69 consagra um direito potestativo ao credor fiduciário, facultando-lhe, segundo a sua conveniência, considerar vencidas todas as parcelas alusivas a obrigação contratual.

Sem embargo, essa faculdade não pode ser levada a termos absolutos, pois que não só ela, como qualquer outra obrigação ou direito contratual, encontra limites e deve ser exercida nos termos da boa-fé objetiva, prevista implicitamente no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, e de forma explícita no artigo 422 do Código Civil de 2002.

Como é cediço, a função social do contrato, conforme está no art. 421 do Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas justas e úteis às partes.

Ora, é de sabença que um dos deveres anexos, oriundo do princípio da boa-fé objetiva, consagra aos participantes do negócio jurídico, precisamente, o **dever de cooperação e de lealdade**.

Afinal, não é outro o interesse consagrado na contratação, que não o da plena realização exitosa do ajustado, a bem de todos os integrantes do pactuado.

Ademais, em se caracterizando como de adesão o contrato de mútuo com garantia de alienação fiduciária, no qual incidente os pressupostos da legislação consumerista (súmula nº 297/STJ), cabível a aplicação do comando legal inserto no art. 54, §2º, do

Código de Defesa do Consumidor, que confere **ao consumidor a escolha** sobre a **resolução do contrato** ou o **cumprimento da avença**, de modo a se reconhecer como abusiva qualquer norma que dite solução contrária, a exemplo de vencimento antecipado do contrato.

Ainda que o §2º, do art. 3º, do DL 911/69, com a nova redação dada pela Lei 10.931/04, aparente estar em conflito com o §2º, do art. 54, do CDC, este último dispositivo, embora aquele seja considerado lei específica, se sobrepõe, em face da regra principiológica presente no CDC, de que não se aplica o princípio da especialidade.

Outrossim, é necessário ressaltar que o vencimento antecipado do contrato mostra-se cabalmente prejudicial ao próprio credor, por quanto, face ao disposto no artigo 1.426 do Código Civil, vencida antecipadamente a dívida, não se incluirão os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido. Tal entendimento é inclusive corroborado pelo que dispõe o artigo 52, §2º, da Lei nº 8.078/90, que assegura ao consumidor a liquidação antecipada do total do débito, mediante redução proporcional dos juros.

Desta forma, desde que o devedor arque com o pagamento das prestações vencidas, acrescidas dos acessórios contratuais, nos termos do que estabelece também o artigo 401, I, do Código Civil, falece razão plausível para dele se exigir ainda mais, mesmo porque **cobrar a integralidade do valor contratado**, de forma inofismável, torna-

impossível o cumprimento da obrigação. Ressalte-se que, do contrário, o mutuário não haveria contraído um financiamento com o objetivo de adquirir determinado produto, comprando-o à vista, para não ter de arcar com os elevados juros cobrados em nosso país.

Não bastasse isso, convém gizar que toda a sistemática de nosso ordenamento jurídico é voltada à conservação do contrato, de modo a fomentar a economia e proporcionar segurança jurídica às partes, valendo mencionar como exemplo claro desse intuito, os artigos 144, 150, 157, §2º, 167, *caput*, 170, 172, 184 e 401 do Código Civil de 2002 e 51, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, convém muito mais aos anseios de nosso sistema jurídico a subsistência do contrato do que a sua extinção anormal, até porque só assim estará ele atingindo sua finalidade social, nos termos do preceituado no artigo 421 do Código Civil.

Assim, seja pela incidência do dever de cooperação e lealdade entre as partes, seja pelo direito do devedor purgar a mora, ou, ainda, pelo princípio da conservação dos contratos, deve ser procedida interpretação sistemática dos artigos 3º, §2º e 2º, §3º, do DL nº 911/69, entendendo-se que a faculdade da credora dar por vencida a integralidade da dívida fica condicionada ao exame do caso concreto. E, para tanto, caberá à instituição financeira apontar motivo plausível ao pronto encerramento do contrato, indicando razões, por exemplo, que alcancem risco à integridade

do próprio bem ou lesão latente parte, hipóteses não contempladas no caso. Do contrário, deve ser admitido o pagamento das parcelas vencidas até a respectiva data, de modo a possibilitar a continuidade do contrato.

Deste modo, não se descura do entendimento desta Corte acerca da legitimidade do vencimento antecipado do contrato, porém tal somente se verifica para a constituição em mora do devedor, desautorizando, como regra, a cobrança *in totum* do preço financiado e não pago.

A despeito da compreensão sobre a questão acima exarada, este subscritor, levando-se em conta a função uniformizadora deste Superior Tribunal de Justiça, adere integralmente ao entendimento que se sagra vencedor, agora também em sede de recurso repetitivo, reproduzido na seguinte tese:

“Nos contratos firmados na vigência da Lei nº 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária”.

Assim, dou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi definida a seguinte tese: “Nos contratos firmados na vigência da Lei nº 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de

busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária”.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Previdência privada. Plano de benefícios submetido à LC 108/2001, já operante por ocasião do advento da Lei. Vedaçāo de repasse de abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios em manutenção. Concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, ainda que não seja patrocinado por entidade da administração pública. Impossibilidade.¹

EMENTA OFICIAL

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PLANO DE BENEFÍCIOS SUBMETIDO À LEI COMPLEMENTAR N. 108/2001, JÁ OPERANTE POR OCASIÃO DO ADVENTO DA LEI. VEDAÇĀO DE REPASSE DE ABONO E VANTAGENS DE QUALQUER NATUREZA PARA OS BENEFÍCIOS EM MANUTENÇÃO. CONCESSÃO DE VERBA NÃO PREVISTA NO REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, AINDA QUE NÃO SEJA PATROCINADO POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) Nos planos de benefícios de previdência privada fechada, patrocinados pelos entes federados - inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente -, é vedado o repasse de

abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios em manutenção, sobretudo a partir da vigência da Lei Complementar n. 108/2001, independentemente das disposições estatutárias e regulamentares; b) Não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1325988&num_registro=201304095279&data=20140801&formato=PDF> Acesso em: 21 out. 2014.

Para os fins do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foram definidas as seguintes teses: a) Nos planos de benefícios de previdência privada fechada, patrocinados pelos entes federados - inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente -, é vedado o repasse de abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios em manutenção, sobretudo a partir da vigência da Lei Complementar nº 108/2001, independentemente das disposições estatutárias e regulamentares; b) Não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília, 28 de maio de 2014
(data do julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO,
Relator.

REsp Nº 1.425.326 - RS (2013/
0409527-9). DJe 01.08.2014.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Jilceu Fagundes e nove outros autores ajuizaram ação em face da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Previ sustentando que a Confederação dos Bancários firmou acordo coletivo de trabalho com o Banco do Brasil S.A., com vigência a partir de 1º de agosto de 2000, para "instituição de um abono de caráter indenizatório/remuneratório aos funcionários da ativa, que nada mais foi senão uma forma de reajuste salarial concedido", por isso deve ser estendido aos inativos, pois "assim foi estabelecido desde quando as caixinhas auxiliares da aposentadoria pública foram criadas".

Aduzem que, embora não exista entre as partes relação de trabalho, mas contrato de natureza civil, o pedido e a causa de pedir vinculam-se ao cumprimento de pacto celebrado entre a entidade de previdência privada e os beneficiários do plano.

Alegam que, por meio das convenções firmadas, é possível aferir que o abono vindicado é verba remuneratória do trabalhador, por isso deve ser concedida a extensão do abono, sob pena de violação à isonomia, ao direito adquirido, à irreversibilidade de vencimentos e ao direito dos trabalhadores à irreversibilidade do salário, previsto no art. 7º, VI, da CF.

O Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Pelotas julgou procedente o pedido formulado na inicial.

Interpõe a entidade de previdência ré apelação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao recurso.

A decisão tem a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PREVI. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Competência para processar e julgar o feito da Justiça Estadual.

Não-aplicação do art. 114, I, da Constituição da República.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NÃO DEMONSTRADA.

Não há no ordenamento jurídico qualquer óbice à pretensão deduzida na petição inicial, de modo que não se pode reconhecer a alegada impossibilidade jurídica do pedido.

AGRADO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE.

Não gera cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando presentes, nos autos, elementos que autorizam o julgamento imediato.

ABONO ÚNICO.

Natureza salarial reconhecida, nos termos do que preceitua o art. 457, § 1º, da CLT, sendo reconhecido o direito dos inativos que auferem complementação de aposentadoria.

Incorporação ao benefício complementar afastada, mantido tão-somente o pagamento.

INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS CONTRATOS PREVIDENCIÁRIOS.

A pretensão de interpretar restritivamente os contratos previdenciários não tem o alcance pretendido, pois isso implicaria afronta ao princípio da isonomia de tratamento entre o funcionário em atividade e o jubilado. Princípio da boa-fé e

da isonomia que devem ser considerados a fim de manter a segurança dos contratos e das relações jurídicas.

FONTE DE CUSTEIO.

A eventual ausência de fonte de custeio não tem força para afastar o direito da parte. Trata-se de um problema que a própria entidade de previdência privada deve solucionar, pois é dela a responsabilidade de prever a formação, contribuição e os devidos descontos de seus beneficiários.

CORREÇÃO MONETÁRIA. IGP-M. TERMO INICIAL.

Incidência da correção monetária a partir do momento em que devida cada parcela, pois visa a manter o poder de compra da moeda.

PRELIMINARES REJEITADAS.

AGRADO RETIDO E APELAÇÃO DESPROVIDOS.

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecimento.

Reiterada a oposição de claratórios, foram acolhidos apenas para suprir obscuridade assentando que a decisão se limita ao “reconhecimento do direito à percepção do benefício sempre que reeditado em acordo e/ou convenções coletivas”.

Sobreveio recurso especial da entidade de previdência privada, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, sustentando omissão, divergência jurisprudencial e violação aos arts. 3º da Lei Complementar n. 108/2001, 1º, 18 e 19 da Lei Complementar n. 109/2001, 4º da LINDB e 126 e 535 do CPC.

Alega a recorrente que o art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001 “veda o repasse aos benefícios de vantagens de qualquer natureza e, literalmente, abonos”.

Assevera que o acórdão recorrido diverge da jurisprudência do STJ, pois não considerou que o regime de previdência complementar é baseado na constituição de reservas, violando os arts. 1º, 18 e 19 da Lei Complementar n. 109/2001, e ademais é incontroverso nos autos que nunca houve contribuição para custeio da verba vindicada.

Não houve oferecimento de contrarrazões.

O recurso especial foi admitido.

A ABRAPP, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

2. A afetação do Recurso Especial restou concretizada sob a fundamentação de que fora constatada a relevância da matéria, bem como a necessidade de ser estabilizado, unificado o entendimento jurisprudencial do Egrégio Tribunal sobre a matéria denominada “abono único”, que, especialmente por sua natureza, equipara-se à matéria “cesta-alimentação”.

3. Entretanto, em que pese deflagrada afetação, pede-se a máxima *vénia*, para ressaltar que as matérias “abono único” e “cesta alimentação” já se encontram com o entendimento pacificado perante esse Egrégio Tribunal. 4. Quanto ao primeiro tema (abono único) através da afetação do Recurso Especial n.º 1.281.690/RS à análise e julgamento da C. 2ª Seção desse Su-

perior Tribunal de Justiça ocorrida em 02/10/2012, a matéria restou pacificada, vejamos:
[...]

Nesse sentido também seguiu a matéria “cesta alimentação”, com o entendimento pacificado através do julgado de 27/06/2012, também pela C. 2ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, julgando o REsp 1.207.071/RJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC), por unanimidade, profereu julgamento com o entendimento que o auxílio cesta-alimentação não é extensível aos benefícios de previdência complementar.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial.

A autarquia federal Superintendência Nacional de Previdência - PREVIC, em petição formulada apenas em 22 de maio do corrente ano, após a publicação da pauta de julgamento, requereu sua admissão como *amicus curiae* ou a recepção “a título elucidativo e informativo” da argumentação que deduziu apoiando a tese da recorrente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A autarquia federal Superintendência Nacional de Previdência - Previc, em petição formulada apenas em 22 de maio do corrente ano, após a publicação da pauta de julgamento, requereu sua admissão como *amicus curiae* ou a

recepção “a título elucidativo e informativo” do arrazoado.

Em face da inegável pertinência da intervenção da autarquia que tem atribuição legal de fiscalizar e supervisionar as entidades fechadas de previdência privada, assim como a inegável qualidade técnica da peça apresentada, admito o arrazoado, que tomo em consideração para o voto que ora apresento, sem prejuízo do prosseguimento do julgamento designado.

3. Não caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Logo, não há falar em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado uma a uma as alegações e fundamentos expostos pelas partes.

Note-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. FATO NOVO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. “Tendo o Acórdão recorrido decidido as questões debatidas no recurso especial, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais se fundamentou o arresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte” (AgRg no REsp 1.039.457/RS, 3ª Turma, Min. Sindei Beneti, DJe de 23/09/2008).

2. O Tribunal de origem manifestou-se expressamente sobre o tema, entendendo, no entanto, não haver qualquer fato novo a ensejar a modificação do julgado. Não se deve confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1047725/SP,

Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008)

4. Cabe observar também que a matéria é infraconstitucional, inequivocamente de competência dessa Corte de uniformização da interpretação do direito federal.

Nesse sentido, cumpre observar recente decisão do STF, no ARE 742.083, em que foi reconhecida a ausência de repercussão geral e de matéria constitucional, assim ementada:

PREVIDENCIÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO AO RECEBIMENTO DE COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO DE ACORDO COM AS REGRAS VIGENTES NO PERÍODO DE ADESÃO AO PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSÃO GERAL. (ARE 742083 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 28-06-2013 PUBLIC 01-07-2013)

No mesmo sentido:

RECURSO. Extraordinário. Incognoscibilidade. **Previdência privada.** Complementação de aposentadoria. **Extensão, a aposentados, de benefício concedido a trabalhadores em atividade. Questão infraconstitucional.** Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto questão relativa à concessão, a beneficiários de plano de previdência privada complementar, de vantagem outorgada a empregados ativos, **versa sobre matéria infraconstitucional.** (RE 590005 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 22/10/2009, Dje-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01813)

5. A questão controvertida consiste em saber se, com a vigência da Lei Complementar n. 108/2001, é possível a extensão ao benefício de previdência complementar de abono concedido pelo patrocinador a participantes em atividade, independentemente do equilíbrio atuarial do plano de custeio.

Consigno que o art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001 dispõe:

Art. 3º Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:
[...]

Parágrafo único. **Os reajustes dos benefícios em manuten-**

ção serão efetuados de acordo com critérios estabelecidos nos regulamentos dos planos de benefícios, **vedado o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios.**

O acórdão recorrido dispôs:

Como se percebe pela simples leitura da petição inicial, o que a parte autora pretende é a implementação de abono único em seus vencimentos a título de aposentadoria e pensão, de forma que não está em discussão relação trabalhista, mas, sim, previdenciária, de natureza civil.

É essa, inclusive, a posição adotada no STJ, como se vê pelo precedente a seguir transrito:
[...]

Pois bem. Para analisar seu pedido, deve-se levar em conta o princípio da isonomia, norteador das relações firmadas pelos associados com as entidades de previdência privada, por meio do qual lhes são assegurados, na inatividade, provenientes tais quais à remuneração que perceberiam se na atividade estivessem.

Assim, em razão da expressa previsão regulamentar, são estendidos aos inativos os benefícios concedidos aos ativos, em igualdade de condições, de modo a assegurar-lhes o que percebiam se em atividade estivessem. Especificamente no que se refere ao abono único, firmei entendimento no sentido de que o benefício, concedido por meio de Convenção Coletiva, a qual atinge toda a categoria, tem natureza salarial

prevista pela norma do art. 457, § 1º, da CLT – e, por isso, também devem ser repassado aos aposentados.

Aliás, a regra do art. 457, § 1º, da CLT estabelece o seguinte:
[...]

Reconheço, pois, que o “abono único” integra a remuneração de todo e qualquer empregado, incluindo aqui os inativos. De forma que a parte autora faz jus ao seu pagamento.

Com relação à alegação da redação insuficiência de fonte de custeio de modo a suportar o benefício postulado, desde já vai ser rejeitada, pois não pode a entidade previdenciária, após anos de contribuições, valer-se de tal argumento de modo a ver afastada a pretensão da parte autora.

A entidade previdenciária é quem estabelece previamente os valores necessários e devidos pelo associado a fim de garantir os benefícios com os quais se comprometeu. Em havendo contribuição insuficiente, deverá rever os cálculos atuariais dos associados ativos de modo a, efetivamente, atender ao que se comprometeu em regulamento.

Não há dúvida acerca a necessidade da formação da reserva matemática, forte na regra contida no art. 202, § 2º, do CPC [sic]. Não obstante, a solução deve ser buscada pela entidade previdenciária, de modo a constituir fonte suficiente a suportar os direitos judicialmente reconhecidos aos associados, que contribuíram durante toda sua atividade, para quando de sua aposentadoria, terem assegurada condição

igual a que tinham antes do jubilamento.

[...]

Tendo em vista que se está a tratar de parcela prevista anualmente em Convenções Coletivas da categoria, e sendo reconhecido na presente ação o direito dos autores ao benefício postulado, enquanto reeditado em norma coletiva, vai garantida a manutenção do pagamento. Do contrário, exigir da parte que venha a anualmente buscar a tutela do Poder Judiciário para confirmar o que já lhe fora garantido judicialmente, importaria em limitar a eficácia das decisões judiciais quando perpetrada no futuro a causa de pedir e objeto.

6. Para logo, cumpre consignar que a relação contratual mantida entre a entidade de previdência privada administradora do plano de benefícios e os assistidos não se confunde com a relação de emprego, estabelecida entre participantes obreiros e a patrocinadora.

Desse modo, em vista da causa de pedir, cumpre ressaltar que é manifestamente descabida a aplicação pura e simples - alheia às peculiaridades do regime de previdência privada - dos princípios, regras gerais e disposições normativas próprias do direito do trabalho.

Essa é a lição assente da doutrina:

O *caput* do art. 202 da Constituição estabeleceu como princípio a autonomia da previdência privada em relação à previdência pública. Já o dispositivo em questão deixa claro que o

contrato de previdência privada é de Direito Civil. **Há total autonomia entre o contrato de trabalho celebrado pelo empregado com o empregador em relação ao contrato de previdência privada estipulada entre o participante e a entidade de previdência privada instituída pelo patrocinador.** São relações contratuais que não se comunicam. (DIAS, Eduardo Rocha; MACÉDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: Método, 2008, p. 630-632)

Esse é também o entendimento consolidado na jurisprudência do STJ :

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DISCUSSÃO ACERCA DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA APRECIACÃO DE DEMANDA POSTULANDO A INCORPORAÇÃO DO AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AOAPEL O EXTREMO DO PARTICIPANTE, RECONHECENDO A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INSURGÊNCIA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

1. Incompetência da Justiça do Trabalho. **A Segunda Seção, no âmbito de recurso especial representativo da controvérsia, reafirmou a orientação jurisprudencial que pugna pela competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar demanda instaurada entre en-**

tidade de previdência privada e participante de seu plano de benefícios, decorrente de obrigação oriunda de contrato de natureza civil e que apenas de maneira indireta envolve aspectos da relação jurídica trabalhista (REsp 1.207.071/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 27.06.2012, DJe 08.08.2012).

No mesmo sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de recursos extraordinários sob o regime do artigo 543-B do CPC, decidiu caber à Justiça Comum o julgamento de processos decorrentes de contrato de previdência complementar privada, ante a inexistência de relação trabalhista entre o beneficiário e o fundo fechado previdenciário, razão pela qual incompetente a Justiça Trabalhista (RE 586.453/SE e RE 583.050/RS, julgados em 20.02.2013, pendentes de publicação). Na ocasião, determinou-se a modulação dos efeitos da decisão, a fim de manter a competência da Justiça do Trabalho para apreciação das causas em que já proferida sentença de mérito.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1269499/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013)

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. ALTERAÇÃO DO PLANO, ADMINISTRADO POR ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA, COM PRÉVIA E FORMAL ANUÊNCIA DO ÓR-

GÃO PÚBLICO FISCALIZADOR, COM VISTAS A ASSEGURAR O EQUILÍBRIO ATUARIAL. SISTEMA DE CAPITALIZAÇÃO, BUSCANDO ASSEGURAR O CUSTEIO DOS PLANOS POR LONGO PRAZO. PILAR DO REGIME DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. **CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. VÍNCULOS CONTRATUAIS DISTINTOS, SUBMETIDOS À NORMATIZAÇÃO E PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS.** INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA RELAÇÃO CONTRATUAL, ALHEIA AO EQUILÍBRIO ATUARIAL DO PLANO DE BENEFÍCIOS, AO FUNDAMENTO DE QUE AS REGRAS DA AVENÇA DEVEM PERMANECER INALTERADAS OU OBSERVAR A MAIS RECENTE, SE MAIS FAVORÁVEL AO PARTICIPANTE. DESCABIMENTO. DEVER DO ESTADO DE RESGUARDAR OS INTERESSES DOS DEMAIS PARTICIPANTES E ASSISTIDOS DO PLANO DE BENEFÍCIOS.

[...]

2. A relação contratual mantida entre a entidade de previdência privada administradora do plano de benefícios e o participante não se confunde com a relação trabalhista, mantida entre o participante obreiro e a patrocinadora. Desse modo, é descabida a aplicação pura e simples de princípios, regras gerais e disposições normativas próprias do direito do trabalho - alheia às peculiaridades do regime de previdência privada.

[...]

5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.
(REsp 1176617/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUAR-

TA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 14/10/2013)

Ademais, a título de reforço de argumento, os autores, na inicial, reconhecem

ser “inativos”, isto é, nem sequer mantêm relação contratual de emprego, razão pela qual não parece possível a invocação de disposições próprias da legislação trabalhista para amparar o pleito exordial em exame.

7. A constituição de reservas no regime de previdência privada complementar deve ser feita por meio de cálculos embasados em estudos de natureza atuarial, que prevejam as despesas e garantam, em longo prazo, o respectivo custeio. (*A Contratualidade e a Independência Patrimonial dos Planos de Benefícios*, Anais do Seminário Aspectos Fundamentais dos Fundos de Pensão, São Paulo, CEDES, 2005, p. 68)

Dessarte, os planos de previdência complementar são de adesão facultativa, devendo ser elaborados com base em cálculos atuariais que, conforme o artigo 43 da abrogada Lei n. 6.435/1977 e o artigo 23 da Lei Complementar n. 109/2001, ao final de cada exercício, devem ser reavaliados:

Desde a instituição, antes da aprovação da entidade, o empreendimento deve ter a assistência técnica do atuário. No curso da administração, a presença do matemático é frequente e indispensável à segurança e equilíbrio do plano. O pensamento do executante concentra-se nas normas

contábeis, atuariais e jurídicas. Por determinação do art. 23 da LBPC, a cada balanço, os planos de benefícios deverão ser apreciados pelo atuário ou instituto habilitado. Igual se colhia no art. 43 da Lei n. 6.435/1977.

[...]

A regra pressupõe o equilíbrio do sistema, observados os princípios matemático-financeiros, embora tal resultado não se deva apenas a esses aspectos. (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 3 ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 1.241)

Nesse diapasão, o art. 202 da Constituição Federal consagra o regime de financiamento por capitalização, ao estabelecer que a previdência privada tem caráter complementar - **baseado na constituição de reservas** que garantam o **benefício contratado** -, adesão facultativa e organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social.

Nessa toada, é bem de ver que, com a Emenda Constitucional n. 20 de 1998, a Carta Magna passou a estabelecer, no art. 202, § 3º, ser vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

A título de registro, o art. 7º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001 estabeleceu

também que a despesa administrativa da entidade de previdência será custeada pelo patrocinador e pelos participantes e assistidos, facultada aos patrocinadores a cessão de pessoal às entidades de previdência complementar que patrocinam, desde que resarcidos os custos correspondentes.

Dessarte, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n. 20 de 1998, que estabeleceu a autonomia do regime de previdência complementar em relação ao regime geral de previdência social e conferiu a mencionada redação ao art. 202, § 3º, da CF, revogando implicitamente as disposições infraconstitucionais incompatíveis, a Lei n. 6.435/1977 dispunha nos arts. 34, § 1º e 42, parágrafos 3º e 4º, *in verbis*:

Art. 34. As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social.
§ 1º As patrocinadoras supervisionarão as atividades das entidades referidas neste artigo, orientando-se a fiscalização do poder público **no sentido de proporcionar garantia aos compromissos assumidos para com os participantes dos planos de benefícios**.

Art. 42. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados dos participantes das entidades fechadas

das, dispositivos que indiquem:
[...]

IV - sistema de revisão dos valores das contribuições e dos benefícios;

[...]

§ 3º Faculta-se às patrocinadoras das entidades fechadas a assunção da responsabilidade de encargos adicionais, referentes a benefícios concedidos, resultantes de ajustamentos em bases superiores às previstas nos parágrafos anteriores, mediante o aumento do patrimônio líquido, resultante de doação, subvenção ou realização do capital necessário à cobertura da reserva correspondente, nas condições estabelecidas pelo órgão normativo do Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 4º Os administradores das patrocinadoras que não efetivarem regularmente as contribuições a que estiverem obrigadas, na forma dos regulamentos dos planos de benefícios, serão solidariamente responsáveis com os administradores das entidades fechadas, no caso de liquidação extrajudicial destas, a eles se aplicando, no que couber, as disposições do Capítulo IV desta Lei.

Nesse contexto, com o advento da Lei Complementar n. 108/2001 - Diploma cuja edição foi determinada pelo art. 202, § 4º, da CF -, o ordenamento jurídico passou a contar com novas normas cogentes, estabelecendo os arts. 3º e 4º do mencionado Diploma infraconstitucional, *in verbis*:

Art. 3º Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:

I – carência mínima de sessenta contribuições mensais a plano de benefícios e cessação do vínculo com o patrocinador, para se tornar elegível a um benefício de prestação que seja programada e continuada; e
II – concessão de benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido, instituído depois da publicação desta Lei Complementar.

Parágrafo único. **Os reajustes dos benefícios em manutenção serão efetuados de acordo com critérios estabelecidos nos regulamentos** dos planos de benefícios, **vedado o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios.**

Art. 4º Nas sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, a proposta de instauração de plano de benefícios ou adesão a plano de benefícios em execução será submetida ao órgão fiscalizador, acompanhada de manifestação favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador.

Parágrafo único. **As alterações no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores serão objeto de prévia ma-**

nifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle referido no caput.

8. Diante das sensíveis modificações operadas no regime de previdência privada fechada em virtude das alterações no ordenamento jurídico, cabe, ainda, observar que, no regime fechado de previdência privada, a entidade não opera com patrimônio próprio - sendo-lhe vedada até mesmo a obtenção de lucro -, tratando-se tão somente de administradora do fundo formado pelas contribuições da patrocinadora e dos participantes e assistidos, havendo um mutualismo, com explícita submissão ao regime de capitalização.

Nesse diapasão, o artigo 34, I, da Lei Complementar n. 109/2001 deixa límpido que as entidades fechadas de previdência privada apenas administram os planos, havendo, conforme dispõem os arts. 11 e 15 da Lei Complementar n. 108/2001, gestão paritária entre representantes dos participantes e assistidos - eleitos por seus pares -, e dos patrocinadores nos conselhos deliberativo (órgão máximo da estrutura organizacional, a quem incumbe, dentre outras atribuições relevantes, definir a alteração de estatuto e regulamentos dos planos de benefícios, nomeação e exoneração dos membros da diretoria-executiva, contratação de auditor independente atuário, avaliador de gestão) e fiscal (órgão de controle interno).

Dessarte, os valores alocados ao fundo comum obtido pelo plano

de benefícios gerido pelas entidades fechadas, na verdade, pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito mecanismo de solidariedade, de modo que todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes:

O fundo de pensão em si não tem recursos próprios.

Nasce como fundação ou associação civil, com a finalidade exclusiva de gerir recursos dos trabalhadores, isto é, gerir a poupança previdenciária dos trabalhadores, composta pelas contribuições dos trabalhadores, dos empregadores (nos planos patrocinados) e da sua rentabilidade. Todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes, não sendo possível a destinação de recursos para um terceiro que não sejam os próprios participantes e assistidos dos planos de benefícios. Não existe a figura do "empresário", "acionista" ou "cotista", mas, se existir, vai se confundir necessariamente com os próprios destinatários do plano de previdência.

[...]

O que existe é solidariedade, auto-suficiência, cooperativismo, associativismo, união de pessoas que se voltam exclusivamente para um bem comum.

O "poderoso" fundo de pensão, como às vezes é chamado, não passa da associação de pequenas poupanças individuais dos trabalhadores.

[...]

Os recursos dos fundos de pensão pertencem aos seus participantes e assistidos, ou seja, se o fundo tem recursos, tem também obrigações. Aliás, se o plano de previdência privada não for bem administrado, poderá ter mais obrigações do que recursos, deixando de honrar seus compromissos. Toda a poupança gerida pelos fundos de pensão é titulada por seus participantes e será a eles devolvida na forma de pagamento de benefício previdenciário. (REIS, Adacir. *Anais do Seminário Previdência Complementar Fechada no Brasil: perspectivas e aspectos legais fundamentais. Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil*, 2010, p. 29-31).

Nesse passo, na atuária, é reconhecida a imprescindibilidade da formação de reservas de contingência para garantia do equilíbrio atuarial do plano de custeio :

Solidariedade é princípio jurídico e instrumental técnico, essência e razão de ser da Previdência Social, básica ou complementar. **Sem ela a alicerçar os esteios da proteção social, inexiste modalidade seguritária.** Mesmo com a adoção do regime financeiro de capitalização para benefícios programados e a despeito do plano de tipo contribuição definida, se os recursos amealhados no curso da relação de custeio não são suficientes para a manutenção do aposentado, após o prazo atuarialmente previsto, recorre-se à idéia geratriz

do mutualismo (forma incipiente previdenciária): **solidariedade entre os participantes.** Isto é, o excesso atuarial derivado da não-fruição por parte de alguns atende ao excesso de gozo de outros. Daí, a necessidade de previsão de reservas de contingência, tão celebradas no cálculo atuarial e muitas vezes mal compreendidas pelo administrador. (MARTINEZ, Waldimir Novaes. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTR, 1996, p. 38 e 39).

Ademais, é bem de ver que o art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas matemáticas. Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será estabelecida reserva especial para revisão do plano de benefícios que, se não utilizada por três exercícios consecutivos, determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios.

Assim, o fundamento dos planos de benefícios de previdência privada não é o enriquecimento dos participantes e assistidos, pois “os planos previdenciários privados têm por ponto principal permitir uma continuidade no padrão de vida da pessoa, numa fase madura da vida”. (WEINTRAUB,

Arthur Bragaña de Vasconcellos. *Previdência privada: atual conjutura e sua função complementar ao regime geral da previdência social*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 6)

Com efeito, em vista do próprio fato de a relação contratual de previdência complementar ser nitidamente distinta da relação de emprego mantida entre participantes e patrocinador, e das sensíveis mudanças no ordenamento jurídico que rege o regime de previdência privada, é **compreensível e razoável a vedação, incidindo para os planos de benefícios já instituídos, do repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios, em regra jurídica cogente contida no art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001.**

Nessa toada, cabe mencionar recente precedente da Segunda Seção, julgado nos moldes do rito estabelecido pela Lei n. 11.672/2008, referente ao REsp n. 1.207.071-RJ, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, em que este Colegiado sufragou entendimento que, guardadas as devidas proporções, se aplica ao caso.

Nesse mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

Na linha da pacífica jurisprudência do TST, portanto, a circunstância de o benefício ser pago ao empregado por força de convenção ou acordo coletivo (e não de contrato individual de trabalho), na qual prevista a sua natureza indenizatória, é suficiente para excluir a sua preten-

dida integração ao salário para todos os fins da legislação trabalhista (Orientação Normativa 61 do TST).

[...]

Com efeito, as entidades de previdência privada não têm participação alguma na elaboração de convenções coletivas de trabalho, tampouco na concessão das parcelas indenizatórias nelas inseridas e, portanto, não foram previstas fontes de custeio para o pagamento dessas parcelas que também não foram incluídas entre os benefícios que se comprometeram a suportar (benefício contratado), motivo pelo qual a determinação para o pagamento desses valores ensejaria desequilíbrio atuarial dessas entidades, com prejuízo para a universalidade dos participantes e assistidos.

[...]

Dada a autonomia entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar, mesmo se eventualmente reconhecida a natureza salarial de determinada parcela não se seguirá o direito à sua inclusão nos proventos de aposentadoria complementar se não integrante do benefício contratado (CF, art. 202).

O exame da legislação específica que rege as entidades de previdência privada e suas relações com seus filiados (art. 202 da CF e suas Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001) revela que o sistema de previdência complementar brasileiro foi concebido, não para instituir a paridade de vencimentos entre empregados

ativos e aposentados, mas com a finalidade de constituir reservas financeiras, a partir de contribuições de filiados e patrocinador, destinadas a assegurar o pagamento dos benefícios oferecidos e, no caso da complementação de aposentadoria, proporcionar ao trabalhador aposentado padrão de vida próximo ao que desfrutava quando em atividade, com observância, todavia, dos parâmetros atuariais estabelecidos nos planos de custeio, com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico e financeiro. Para atender a esse objetivo, o art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar 108/2001, embora estabeleça que o regulamento da entidade definirá o critério de reajuste da complementação de aposentadoria, **veda** expressamente “o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de quaisquer natureza para tais benefícios”. O art. 6º, por sua vez, determina que “o custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos”.

[...]

Verifico, pois, que a extensão de vantagens pecuniárias ou mesmo reajustes salariais concedidos aos empregados de uma empresa ou categoria profissional, de forma direta e automática, aos proventos de complementação de aposentadoria de ex-integrantes dessa mesma empresa ou categoria profissional, independentemente de previsão de

custeio para o plano de benefícios correspondente, não se compatibiliza com o princípio do mutualismo inherente ao regime fechado de previdência privada e nem com dispositivos da Constituição e da legislação complementar acima mencionada, porque enseja a transferência de reservas financeiras a parcela dos filiados, frustrando o objetivo legal de proporcionar benefícios previdenciários ao conjunto dos participantes e assistidos, a quem, de fato, pertence o patrimônio constituído.

A título de registro, é bem de ver também que, se por um lado a Lei Complementar n. 108/2001 vedou o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios auferidos pelos assistidos de planos em manutenção, por outro lado, equitativamente, o mesmo art. 3º da Lei Complementar n. 108/2001, em seu inciso I, estabeleceu requisito legal para os participantes de carência mínima de sessenta contribuições mensais a plano de benefícios e cessação do vínculo com o patrocinador, para se tornar elegível a um benefício de prestação que seja programada e continuada.

A vigência da Lei Complementar n. 108/2001 vinculou assistidos, participantes, entidade de previdência privada e os órgãos públicos fiscalizador e regulador; sendo certo que suas regras de caráter cogente e eficácia imediata não se submetem à necessidade de deliberação do Conselho da entidade

de previdência privada, de modo a ensejar alteração regulamentar e posterior aprovação pelo órgão público fiscalizador.

Mutatis mutandis, aplica-se ao caso o mesmo raciocínio jurídico sufragado por este Colegiado, por ocasião do julgamento do EDcl no REsp 1.135.796/RS, relatora p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. LIMITE DE IDADE. DECRETO 81.240/78. LEI 6.435/77. VALIDADE. EXIGÊNCIA, DATA DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA.

1. São cabíveis embargos de declaração quando há omissão e contradição entre a fundamentação e a conclusão do julgado.

2. O Decreto 81.240/78, ao estabelecer a idade mínima de 55 anos para o pagamento de complementação de aposentadoria, não exorbitou as disposições da Lei 6.435/77. Precedentes.

3. A partir da entrada em vigor do Decreto 81.240/78, o que se deu na data de sua publicação, em 24.1.78, patrocinador e assistidos ficaram obrigados ao cumprimento no novo regime jurídico. Os cálculos atuariais do valor das contribuições a serem vertidas para o custeio dos benefícios passaram, pois, a ser feitos segundo os critérios cogentes da Lei 6.435/77 e seu regulamento, o Decreto 81.240/78.

4. Legalidade da aplicação do limite etário aos participantes que ingressaram na Fundação Petrobrás de Seguridade Social - PETROS a partir de 24.1.78, nos termos da ressalva constante do art. 31, IV, do Decreto 81.240/78, com a redação dada pelo Decreto 2.111/96.

5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. Recurso especial provido. (EDcl no REsp 1135796/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/11/2013, Dje 02/04/2014)

9. É bem de ver que a legislação de regência, em diversos dispositivos, deixa nítido o dever de o Estado de velar os interesses dos participantes e beneficiários dos planos - verdadeiros detentores do fundo formado -, garantindo a irredutibilidade do benefício, mas não a concessão, em prejuízo do equilíbrio atuarial, de ganhos reais aos assistidos, que já gozam de situação privilegiada com relação aos participantes - que poderão, em caso de desequilíbrio atuarial, ver reduzidos os benefícios a conceder (art. 21, § 1º, da Lei Complementar n. 109/2001).

Com efeito, como no regime fechado de previdência privada há mutualismo, com explícita submissão ao regime de capitalização, não há falar em violação à irredutibilidade de benefícios, pois o art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001 veda o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios.

Ademais, *mutatis mutandis*, em se tratando de relação estatutária, envolvendo servidores públicos, consoante a iterativa jurisprudência do STF, só há violação ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos em caso de redução do valor nominal dos vencimentos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INOCORRÊNCIA DE OFESA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. EXAME DE LEGISLAÇÃO LOCAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 280/STF. DEBATE DE ÂMBITO INFRA-CONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA NÃO ENSEJA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 02.02.2009. Jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que **não há** direito adquirido a regime jurídico, bem como **ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, quando preservado seu valor nominal**, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Tendo o Tribunal de origem dirimido a lide com espeque em interpretação de legislação local, incide, na espécie, o óbice da súmula 280/STF : “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Agravo regimental conhecido e não provido. (AI 769799 Agr, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNI-

CO DJe-178 DIVULG 10-09-2013
PUBLIC 11-09-2013)

10. Como observado pelo Ministério Público Federal, com o julgamento pela Segunda Seção do REsp 1.281.690/RS, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, está consolidado na jurisprudência do STJ a impossibilidade de extensão do abono - previsto em acordo coletivo ou convenção - para participantes do plano:

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. ABONO ÚNICO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. CLÁUSULA QUE CONTEMPLE, PROVISORIAMENTE, OS TRABALHADORES EM ATIVIDADE. AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA. EXTENSÃO AOS INATIVOS INDEVIDA.

1. Compete à Justiça comum estadual processar e julgar ação de complementação de aposentadoria movida por participante em face de entidade privada de previdência complementar, por cuidar-se de contrato de natureza civil. Precedentes.

2. O abono único previsto em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho para os empregados da ativa não integra a complementação de aposentadoria dos inativos, por interferir no equilíbrio econômico e atuarial da entidade de previdência privada. Arts. 3º, parágrafo único, e 6º, § 3º, da Lei Complementar n. 108/2001 e 68, caput, da Lei Complementar n. 109/2001.

3. O abono único não é extensivo à complementação de aposentadoria paga a inativos por entidade privada de previdência complementar.

4. Recurso parcialmente provido.

(REsp 1281690/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 02/10/2012)

Nesse mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

Os abonos encerravam a finalidade primordial de, em caráter provisório, preservar o salário ante a elevação do custo de vida - a chamada "carestia" - tanto que o referido Decreto-lei consignou expressamente que esses "aumentos" não se incorporariam "aos salários ou outras vantagens já percebidas". Após consecutivas prorrogações, o Decreto-Lei n. 3.813/1941 foi revogado pela Lei n. 1.909, de 1º de janeiro de 1953. Nesse interregno, inúmeras modalidades de abono foram criadas no ambiente legislativo nacional.

Adverte a moderna doutrina que a expressão "abono" costuma gerar interpretações diversas. Há aqueles que defendem ser o abono integrante do salário, por força do disposto no art. 457, § 1º, da CLT ("Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador"), ao passo que outros argumentam que, para se identificar a natureza jurídica de determinado abono, devem ser analisados os aspec-

tos substanciais do pagamento, e não a sua pura e simples denominação (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 896/897).

Ademais, a remuneração, o salário e a indenização são, como se sabe, conceitos doutrinários distintos.

A remuneração corresponde ao conjunto de pagamentos recebidos com habitualidade pelo empregado, em dinheiro ou em utilidades, efetuados pelo empregador ou por terceiros, em decorrência da prestação de serviços oriundos do contrato de trabalho, com vistas a atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família.

Integrando a remuneração, o salário é o pagamento continuado, fornecido diretamente ao obreiro pelo empregador em razão do contrato laboral. É uma contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou das demais hipóteses previstas na legislação. A indenização, por outro lado, não se confunde com verba remuneratória nem salarial, sendo forma de recomposição do patrimônio ou bem jurídico da pessoa, cujo pagamento se dá, em regra, em única parcela. É a definição em que mais se enquadra o abono único.

Antes da EC n. 20/98, a doutrina majoritária entendia que os planos de benefícios integravam os contratos de trabalho dos participantes, visto que tais prestações eram conferidas exclusivamente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas patrocinadoras. Os

benefícios derivavam da relação de emprego, e não do contrato previdenciário (BALERA, Wagner (Coord). *Comentários à Lei de Previdência Privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 301/302).

Entretanto, com o advento da EC n. 20/98, inseriu-se, no art. 202 da CF, o atual § 2º, cuja redação é a seguinte:

[...]

Por meio de uma incursão interdisciplinar, sem qualquer pretensão de adentrar matéria constitucional ou trabalhista, pode-se dizer que, na valorização do acordo coletivo e da convenção coletiva - fontes autônomas do direito laboral - deve-se levar em conta a *supremacia da norma coletiva*, consectária da *autonomia privada coletiva*, amplamente consagrada pela Constituição de 1988 (arts. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, e 8º, VI), expressando o intento do constituinte em estimular a negociação de melhores condições e de normas que, na prática, refletem a dinâmica das relações de trabalho. O próprio TST tem sedimentado sua jurisprudência no sentido de que, se houver previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho referente à natureza indenizatória de determinada composição, deverá ser considerado o disposto em tal norma coletiva, a qual goza de reconhecimento pelo art. 7º, XXVI, da CF.

[...]

Por analogia, assim como o auxílio cesta-alimentação estabelecido em norma coletiva para os empregados em atividade não possui natureza salarial e, portanto, não se incorpora aos proventos de complementação

de aposentadoria complementar pagos aos inativos, idêntico raciocínio presta-se ao abono único, que, destituído de habitualidade e pago em parcela única, é verba de natureza não remuneratória.

[...]

Retomando o caso concreto, as negociações coletivas celebradas não suprimiram vantagens dos inativos, mas, tão somente, não lhes estenderam o abono único, concedendo-o apenas aos empregados da ativa.

[...]

Como é cediço, na seara do direito do trabalho, abono pode ser empregado em diversas acepções.

Nessa toada, como se trata de relação contratual diversa do emprego, por qualquer ângulo que se analise a questão, ainda que se admitindo a interpretação da Corte local acerca da verba ter natureza salarial, ante a literalidade do disposto no art. 457, § 1º, da CLT, em razão da abrangência do art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001, entendo que o pedido inicial recai igualmente na vedação ao repasse de vantagens de qualquer natureza, contida no mesmo dispositivo.

No caso, o Tribunal de origem admite que o deferimento possa ocasionar desequilíbrio atuarial ao plano de custeio, assentando não haver "dúvida acerca da necessidade da formação da reserva matemática, forte na regra contida no art. 202, § 2º," da CF. Não obstante, propugna que a solução deve ser buscada pela entidade previden-

ciária, de modo a constituir fonte suficiente a suportar os direitos judicialmente reconhecidos".

Dessarte, como assentado no multicitado precedente da Segunda Seção, julgado nos moldes do rito estabelecido pela Lei n. 11.672/2008, referente ao REsp n. 1.207.071-RJ, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, a extensão de vantagens pecuniárias ou mesmo reajustes salariais concedidos aos empregados de uma empresa ou categoria profissional, de forma direta e automática, aos proventos de complementação de aposentadoria de ex-integrantes dessa mesma empresa ou categoria profissional, independentemente de previsão de custeio para o plano de benefícios correspondente, não se compatibiliza com o princípio do mutualismo inerente ao regime fechado de previdência privada.

Nessa linha de intelecção, como o fundo formado pertence aos participantes e assistidos, o entendimento perfilhado pelo Tribunal de origem, *data venia*, é incompatível com o art. 3º, VI, da Lei Complementar n. 109/2001, que ostenta norma de caráter público.

11. Assim, as teses a serem firmadas para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, que ora encaminho, são as seguintes:

a) Nos planos de benefícios de previdência privada fechada, patrocinados pelos entes federados - inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente -, é vedado o repasse de abono e vantagens de qualquer

natureza para os benefícios em manutenção, sobretudo a partir da vigência da Lei Complementar n. 108/2001, independentemente das disposições estatutárias e regulamentares.

b) Não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que presupõe a acumulação de reservas que possam assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo.

12. No caso concreto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, estabelecendo custas e honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que serão integralmente arcados pelos dez autores, observada eventual concessão de gratuidade de justiça.

É como voto.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Consignada a presença da Dra. CARLA KLING HENAUT, pela RECORRENTE CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, dispensada a sustentação oral.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foram definidas as seguintes teses: a) Nos planos de benefícios de previdência privada fechada, patrocinados pelos entes federados - inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente -, é vedado o repasse de abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios em manutenção, sobretudo a partir da vigência da Lei Complementar nº 108/2001, independentemente das disposições estatutárias e regula-

mentares; b) Não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. SFH. Saldo residual. Ausência de cobertura pelo FCVS. Responsabilidade do mutuário.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SALDO RESIDUAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS. RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO. REPETITIVO. RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E RESOLUÇÃO Nº 8/2008/STJ.

1. Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento para reconhecer que o pagamento do saldo devedor residual é de responsabilidade do mutuário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, fixou-se a seguinte tese: “Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário”. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator.

REsp Nº 1.447.108 - CE (2014/0078094-8). DJe 24.10.2014.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E OUTRA, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5^a Região.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1359435&num_registro=201400780948&data=20141024&formato=PDF> Acesso em: 24 out. 2014.

Noticiam os autos que, em 27/5/2010, WILSON DINIZ DAS CHAGAS propôs ação de natureza revisional contra as ora recorrentes com o objetivo de expurgar da relação jurídica pactuada algumas cláusulas supostamente abusivas e ilegais previstas no contrato de mútuo celebrado sob a égide das normas do Sistema Financeiro Habitacional-SFH.

O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para:

"a) computar, desde o início da execução contratual as parcelas relativas aos juros não-pagos e, saldo devedor autônomo, que será objeto apenas de correção monetária pelos índices contratados, sem incidência de novos juros;
b) repetir, por via de compensação que amortize efetivamente o saldo devedor, as diferenças financeiras indevidamente pagas a maior, desde o início da execução contratual, relativas as anatocismo adveniente da incorporação ao saldo devedor dos valores atinentes às amortizações negativas e da consequente cobrança de juros sobre a parcela de juros desses encargos incorporados; e
c) uma vez apurado o real saldo residual, com a exclusão do acréscimo pecuniário advindo da prática da amortização negativa, disponibilizar ao mutuário o valor efetivamente devido por ele e que deverá ser pago, através de prestações mensais, ao longo do prazo de prorrogação do contrato" (fl. 253 e-STJ).

Irresignados, o autor e as rés interpueram recursos de apelação (e-STJ fls. 261-267 e 292-314).

A Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negou provimento à apelação das rés e conferiu parcial provimento ao apelo do autor apenas para declarar a nulidade da cláusula contratual que estabelece a responsabilidade dos mutuários pelo pagamento do saldo devedor residual.

O aresto recebeu a seguinte ementa:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SFH. CESSÃO DO CONTRATO DE MÚTUO. APLICAÇÃO DO CDC. ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELA TR. ANATOCISMO. AMORTIZAÇÃO NEGATIVA. CARACTERIZAÇÃO. MOMENTO DA AMORTIZAÇÃO. SALDO RESIDUAL. LEI DE ECONOMIA POPULAR. BOA-FÉ OBJETIVA.

1. A Lei 10.150/2000, em seu art. 20, reconheceu a validade das transferências de contrato de mútuo, sem a anuência da instituição financeira, desde que ocorrida antes de 25 de outubro de 1996, como é o caso dos autos.

2. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos firmados antes de sua vigência. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. É legítima a atualização monetária do saldo devedor de financiamento vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação pela TR. Precedente do Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo (Resp 969.129 - MG, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO).

4. A existéncia de amortizaçâo negativa na evolução do financiamento demonstra a cobrança de juros sobre parcelas nas quais já estão incluídos os juros contratuais, caracterizando a prática do anatocismo.

5. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento, em sede de recurso repetitivo, acerca da impossibilidade de capitalização de juros em contrato vinculado ao SFH, qualquer que seja a periodicidade (REsp 1.070.297).

6. 'Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação.' (Enunciado 450 do STJ).

7. Configura lesão, nos termos do art. 4º, 'b', da Lei de Economia Popular, bem como ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, que já integrava nosso ordenamento jurídico antes mesmo da vigência do CDC, a estipulação contratual de responsabilidade do mutuário por 'eventual saldo devedor residual', quando, pelos critérios diferenciados de atualização das prestações e do saldo devedor, era perfeitamente aferível pela mutuante sua existéncia ao final do prazo original de amortizaçâo. Ressalvado o entendimento pessoal do Relator.

8. Apelação da CEF improvida.

9. Apelo do autor parcialmente provido, apenas para declarar a nulidade da cláusula contratual que estabelece a responsabilidade dos mutuários pelo saldo devedor residual e, por conseguinte, a quitação do contrato objeto da inicial após o pagamento da última prestação, salvo inadimplênciâo" (fl. 349 e-STJ).

Os embargos de declaraçâo opostos pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E OUTRA foram rejeitados (e-STJ fls. 361-363).

Nas razões recursais (e-STJ fls. 375-391), os recorrentes, além de dissídio jurisprudencial, alegam violaçâo dos seguintes dispositivos e as respectivas teses:

(a) art. 535 do Código de Processo Civil - porque teria havido negativa de prestação jurídical;

(b) art. 6º, § 1º, da Lei de Introduçâo às Normas do Direito Brasileiro - por violaçâo do ato jurídico perfeito;

(c) art. 586 do Código Civil - pois a dispensa do pagamento do saldo devedor remanescente apôs o pagamento da última parcela contraria o núcleo do contrato de mútuo, e

(d) art. 2º do Decreto-Lei nº 2.349/1987 - porque não é abusivo exigir dos mutuários, quando o contrato não tenha cobertura do Fundo de Compensação das Variações Salariais - FCVS, o pagamento do saldo devedor remanescente.

Com as contrarrazões (fls. 400-416 e-STJ), e admitido o recurso na origem, foram encaminhados os autos a esta colenda Corte.

Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica tese de direito (validade ou não de cláusula que estabelece o pagamento de saldo devedor residual apôs o término do pagamento das prestações em contrato de mútuo imobiliário não coberto pelo Fundo de Compensação de Variação Salarial-FCVS), o julgamento do presente recurso especi-

al e do REsp nº 1.443.870/PE foi afe-
tado à Segunda Seção desta Corte,
cumprindo o rito do art. 543-C do
Código de Processo Civil e da Re-
solução STJ nº 8/2008 (e-STJ fls. 460-
461).

Foram expedidos ofícios aos
Desembargadores Presidentes dos
Tribunais de Justiça e dos Tribunais
Regionais Federais (e-STJ fl. 463).

O Ministério Pùblico Federal
opinou pelo parcial conhecimen-
to do recurso e, no quanto conhe-
cido, desprovido, com a preva-
lência, “para os efeitos do artigo
543-C, do Código de Processo Ci-
vil, a tese de que é válida a cláusula
que estabelece que o mutuário
deve arcar com o saldo devedor
residual após o término do contra-
to de mútuo imobiliário não co-
berto pelo FCVS” (e-STJ fl. 478).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):
O ponto

controversido no presente recurso especial refere-se à validade ou não da cláusula que estabelece o pagamento de saldo devedor residual após o término do pagamento das prestações em contrato de mútuo imobiliário não coberto pelo Fundo de Compensação de Variação Salarial-FCVS.

No âmbito desta Corte, sob o enfoque do direito privado, o pri-
meiro julgado que enfrentou a
matéria é da lavra do Ministro Bar-
ros Monteiro, que concluiu, na hi-
pótese de contrato celebrado sem
a cobertura do FCVS, que a quita-

ção do saldo residual é de respon-
sabilidade do mutuário.

O acórdão restou assim
ementado:

*“SISTEMA FINANCEIRO DA HA-
BITAÇÃO. NULIDADE DE CLÁ-
USULA CONTRATUAL QUE ES-
TABELECE PARÂMETRO DE
ATUALIZAÇÃO DO SALDO DE-
VEDOR DISTINTO DAQUELE
PREVISTO PARA O REAJUSTE
DOS ENCARGOS MENSAIS. OB-
JETO IMPOSSÍVEL. INEXISTÊN-
CIA. CONTRATO CELEBRADO
SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.692,
DE 28.7.1993.*

*- Previsto em lei, o critério de
reajuste do saldo devedor (pe-
los mesmos índices de atualiza-
ção dos depósitos em caderne-
tas de poupança) é válido, inde-
pendentemente do parâmetro
utilizado para o reajustamento
dos encargos mensais (Plano de
Equivalência Salarial por Com-
prometimento de Renda). Não
estando preconizada a co-
bertura do eventual resíduo
pelo FCVS (Fundo de Com-
pensações de Variações Sa-
lariais), o que sobejar ao fi-
nal do contrato é da respon-
sabilidade do mutuário.
Recurso especial não conhecido
” (REsp 382.875/SC, Rel. Minis-
tro BARROS MONTEIRO, QUAR-
TA TURMA, julgado em 21/05/
2002, DJ 24/02/2003 - grifou-
se).*

Da íntegra do voto do eminent-
te relator, importa extrair as se-
guentes observações:

*“(…)
Ora, é facilmente perceptível
que, num sistema em que haja
dois critérios distintos para*

atualizaçäo, um para o saldo devedor e outro para a definição encargos mensais, sobejará afinal uma quantia em aberto.

Não se encontrando estipulada no ajuste a cobertura de eventual resíduo pelo FCVS, a diferença final restará a cargo do mutuário.

André Luiz Mendonça da Silva, em sua obra denominada ‘Questões do Sistema Financeiro da Habitação – Prática, Doutrina e Jurisprudência’, anota a propósito: ‘como já afirmado anteriormente, ante o objetivo de minimizar um rombo que atualmente atinge os seis bilhões de dólares, a partir da Lei nº 8.692/93 os contratos passaram a não mais conter cláusula com a cobertura do FCVS à quitação do saldo residual existente ao final do contrato. Assim, tal resíduo é de responsabilidade do mutuário.’(pág. 55, ed. 2.000).

Segundo Álcio Manoel de Sousa Figueiredo, ‘**os contratos firmados a partir da edição da Lei nº 8.692, de 28.7.1993, não contêm cláusulas de cobertura de resíduo dos saldos devedores pelo FCVS, respondendo os mutuários pelos saldos devedores existentes por ocasião do pagamento da última prestação**’ (Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação, pág. 77, 7ª ed.).

Não há como, portanto, desconstituir-se a cláusula 9ª do pacto para transferir o eventual resíduo ao agente financeiro, sob pena de inviabilização de todo o sistema financeiro da habitação” (grifou-se).

De fato, em hipótese análoga, a Terceira Turma, no julgamento do REsp nº 823.791/PE, da relatoria do Ministro Massami Uyeda, DJe 16/12/2008, firmou entendimento no mesmo sentido do precedente acima destacado, como demonstra a ementa do julgado:

“ RECURSO ESPECIAL - SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL (SFH) - CONTRATO DE FINANCIAMENTO SEM COBERTURA DO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS (FCVS) - PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR RESIDUAL PELO MUTUÁRIO - CABIMENTO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário.

2. Tal entendimento não se limita aos contratos firmados após a Lei n. 8.692/93, mas se espalha para qualquer contrato de financiamento habitacional em que não se tenha pactuado expressamente a cobertura do FCVS.

3. Recurso especial provido”.

Pela clareza na exposição dos fundamentos, transcreve-se o seguinte excerto do voto condutor:

“(…)

A propósito, oportuno assinalar que, na história do SFH, sempre se verificou um especial destaque a dois mecanismos favoráveis ao mutuário, quais sejam, a forma de reajuste da prestações mensais e o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS.

De um lado, houve a preocupação de eximir o mutuário dos efeitos imediatos das oscilações dos índices de correção monetária, mediante a sujeição do reajuste das prestações a critérios compatíveis com os seus rendimentos salariais.

(...)

O fato é que esse atrelamento do reajuste das prestações mensais a critérios diversos do aplicável ao reajuste do saldo devedor gerava, freqüentemente, um considerável montante ainda pendente de amortização ao fim do prazo contratual.

Por outro lado, antevendo esse saldo devedor residual, a Resolução n. 25, de 16.06.1967, do Conselho de Administração do extinto Banco Nacional da Habitação - BNH instituiu o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, o qual, em síntese, consiste em uma espécie de seguro destinado a cobrir esse valor eventualmente remanescente quando do término do contrato. Em contrapartida a essa garantia, cumpria ao mutuário desembolsar, mensalmente, além do valor das prestações mensais, uma contribuição destinada ao FCVS. Essa contribuição mensal do mutuário e o aporte de recursos do BNH alimentavam o FCVS.

Convém ressaltar que, ao longo do tempo, o FCVS imergiu em uma crise financeira notória, na medida em que os saldos residuais dos contratos de financiamento passaram a ser constantes e em valores expressivos. Esse crescente solapamento do FCVS ensejou a edição de normas restritivas, entre as quais se destaca o DL

2.349/87. Com efeito, após esse decreto-lei, os contratos de financiamento não poderiam conter a cláusula de cobertura pelo FCVS, salvo se o valor mutuado fosse inferior ao que seria fixado pelo Conselho Monetário Nacional. Ademais, o referido diploma se apresentou a afirmar o óbvio: 'nos contratos sem cláusula de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação' (art. 2º).

Realmente, é evidente que os contratos sem adesão ao FCVS carreiam aos mutuários o dever de suportar o saldo devedor residual.

Acresça-se, por oportuno, que a Lei n. 8.692, de 28 de julho de 1993, representou um marco nessa tendência de afastar dos contratos de financiamento a cobertura do FCVS, porquanto, em seu artigo 29, assentou, in verbis: 'As operações regidas por esta lei não terão cobertura do Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS)'. Essas considerações são relevantes para explicar o porquê de, nos contratos sem cobertura do FCVS, inexistir abuso ou ilegalidade na inserção de cláusulas que explicitem o que, há muito, já integra a lógica do SFH, a saber: o mutuário final deverá arcar com o saldo devedor residual.

De fato, ao associar a atualização das prestações mensais a modalidades de reajustes diferentes da incidente sobre o saldo devedor, a legislação objetivou, apenas, livrar o mu-

tuário de suportar, nas prestações mensais, a repercussão financeira imediata decorrente das variações imprevisíveis da economia. Não buscou, jamais, brindar o mutuário com a redução final do custo do empréstimo.

Ao bônus de valer-se, por anos, de uma prestação mensal compatível com os reajustes salariais, segue-se o ônus de, ao cabo do contrato, arcar-se com o saldo devedor eventual remanescente. Realmente, desse encargo o SFH somente desonerou aqueles mutuários em cujo contrato houvesse a adesão ao FCVS e que, por isso, contribuíram mensalmente para esse fundo.

É essa sistemática que foi desenhada pela lei e pela vontade das partes, de maneira que se revela inviável que o Judiciário a remodele para, a qualquer pretexto, estender o benefício do FCVS aos mutuários que não contribuíram para esse fundo por terem celebrado contratos de financiamento sem a correspondente cláusula de garantia de cobertura.

Esclareça-se, desde logo, que, caso o mutuário se insurge contra o valor do saldo devedor residual, caber-lhe-á ajuizar eventual ação revisional, e não tentar isentar-se da sua responsabilidade de suportar com o custo total do capital financiado.

(...)

Esse entendimento, pelo que já foi exposto, não se limita aos contratos firmados após a Lei n. 8.692/93, mas se estende para qualquer contrato de financiamento habitacional em que não se tenha

pactuado expressamente a cobertura do FCVS" (grifou-se).

Como visto, a previsão do saldo devedor residual decorre da insuficiência das prestações pagas pelo mutuário em repor o capital mutuado, pois o reajuste das prestações, vinculadas aos índices aplicados à categoria profissional nem sempre acompanhava o valor da inflação, o que cria um desequilíbrio contratual capaz de afetar, em última análise, a higidez do próprio sistema de financiamento habitacional.

Ao lado de tal circunstância, destaca-se o fato de que o art. 2º do Decreto-Lei nº 2.349/1987, legislação específica sobre a matéria, é claro a respeito da responsabilidade dos mutuários pelo pagamento do saldo devedor residual:

"Art. 2º Nos contratos sem cláusulas de cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelo resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, observadas as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional". (grifou-se)

A jurisprudência desta Corte segue esse posicionamento, consoante se observa dos seguintes julgados:

Terceira Turma

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SALDO RESIDUAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS.

RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO.

- **No que tange ao saldo residual, o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, não havendo previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, como na presente hipótese, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, conforme o disposto no art. 2º do Decreto-Lei n. 2.349/87.**

- Agravo regimental conhecido e não provido" (AgRg no AREsp 60.972/AL, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/5/2012, DJe 28/5/2012 - grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE COBERTURA PELO FCVS. SALDO DEVEDOR RESIDUAL. RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO.

1. É do mutuário a responsabilidade pela quitação do saldo devedor residual na hipótese de contrato de financiamento imobiliário desprovido de cobertura contratual pelo FCVS.

2. Agravo regimental desprovisto" (AgRg no AREsp 282.132/PB, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/2/2014, DJe 7/3/2014 - grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH). SALDO RESIDUAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS.

RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO. DIVERGÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO.

1.- Não havendo previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, como no presente caso, o mutuário responde pelo saldo devedor residual, existente ao término do período de amortização do contrato. Precedentes. Incide, quanto à divergência, a Súmula 83 desta Corte.

2.- O recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido " (AgRg no REsp 1.377.814/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 6/12/2013 - grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. SALDO RESIDUAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS. RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO " (AgRg no REsp 1.358.758/PB, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/8/2013, DJe 2/9/2013 - grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. SALDO RESIDUAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS. RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não havendo previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, como no presente caso, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, conforme o disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 2.349/87.

Precedentes.

2. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 1.285.225/AL, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/8/2012, DJe 3/9/2012 - grifou-se).

Quarta Turma

"AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SALDO DEVEDOR RESIDUAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS. RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO. SÚMULA 83/STJ. APlicável ao RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA 'A'. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante orientação firmada por este Superior Tribunal de Justiça, cabe aos mutuários finais a responsabilidade pelos resíduos dos saldos devedores existentes, nos caso em que não há previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS -, até sua liquidação final, conforme pactuado. Precedentes.

2. Entende a jurisprudência desta Corte que a Súmula 83 não está restrita aos recursos especiais interpostos com base na

alínea 'c' do permissivo constitucional, podendo também ser aplicada aos recursos fundados na alínea 'a'.

3. Agravo regimental a que se nega provimento " (AgRg no AREsp 230.500/AL, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 28/10/2013 - grifou-se).

"AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. IMÓVEL FINANCIADO SEM CLÁUSULA DE COBERTURA PELO FCVS. IMPOSSIBILIDADE DE EXONERAR O PAGAMENTO DE VALOR REFERENTE AO SALDO RESIDUAL DEVIDO PELO MUTUÁRIO. PRECEDENTES.

1. Consoante jurisprudência desta Corte, não havendo previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, como no presente caso, é exigível do mutuário o pagamento do resíduo do saldo devedor existente, até sua final liquidação, conforme pactuado. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento " (AgRg no AREsp 142.630/RN, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 3/9/2013, DJe 09/10/2013 - grifou-se).

"AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SFH. AUSÊNCIA DE COBERTURA DO FCVS. CLÁUSULA CONTRATUAL. SALDO DEVEDOR RESIDUAL. VALIDADE.

1. Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado

pelo mutuário.

2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no REsp 1.320.599/RN, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/3/2013, DJe 4/4/2013 - gرفou-se).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - CONTRATO DE MÚTUO IMOBILIÁRIO - QUITAÇÃO DO SALDO DEVEDOR RESIDUAL - AVENÇA NÃO COBERTA PELA CLÁUSULA DO FCVS - RESPONSABILIDADE DOS MUTUÁRIOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES.

1. O Juízo de admissibilidade do recurso especial é procedimento bifásico, não estando o Superior Tribunal de Justiça adstrito ao exame preliminar realizado pelo Tribunal de origem.

2. Não havendo previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, como no presente caso, é exigível do mutuário o pagamento do resíduo do saldo devedor existente, até sua final liquidação, conforme pactuado.

3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp 141.500/ RN, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/8/2013, DJe 3/9/2013 - gرفou-se).

Há, além disso, no mesmo sentido, entre outras, as seguintes decisões monocráticas proferidas por ministros integrantes de ambas as Turmas da Segunda Seção: REsp

nº 1.433.574/RN, Relatora a Ministra Nancy Andrigi, julgado em 14/4/2014; REsp nº 1.382.523/CE, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 11/11/2013; REsp nº 1.453.754/CE, Relator o Ministro Sidnei Beneti, julgado em 2/6/2014; REsp nº 1.033.175/RS, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 20/5/2011; REsp nº 1.444.062/PB, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 8/5/2014; REsp nº 1.257.578/AL, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 6/5/2014; REsp nº 1.376.905/RN, Relator o Ministro Raul Araújo, julgado em 2/6/2014, e REsp nº 1.441.560/RN, Relator o Marco Buzzi, julgado em 24/3/2014.

Percebe-se, portanto, que a matéria ora analisada se encontra pacificada nesta Corte Superior de Justiça, que adotou o entendimento de que nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário.

JULGAMENTO PARA EFEITOS DO ART. 543-C DO CPC

Diante do explanado, fixa-se a seguinte tese para efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil:

“Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário”.

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

No tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional, agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada.

A propósito:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

1. O artigo 535 do Código de Processo Civil dispõe sobre omissões, obscuridades ou contradições existentes nos julgados. Trata-se, pois, de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que se verifica a existência dos vícios na lei indicados.

2. Afasta-se a violação do art. 535 do CPC quando o decisório está claro e suficientemente fundamentado, decidindo integralmente a controvérsia. (...)". (AgRg no Ag 1.176.665/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10/5/2011, DJe 19/05/2011)

No que concerne aos arts. 6º, § 1º, da LINDB e 586 do Código Civil, verifica-se que as matérias versadas nos dispositivos apontados como violados no recurso especial não foram objeto de debate pelas instâncias ordinárias. Desatendido,

portanto, o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula nº 211/STJ: "*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo*".

Ademais, vale afastar, de pronto, eventual alegação de que contraditória a decisão ao concluir pela não ocorrência de negativa de prestação jurisdicional ao mesmo tempo em que entende não prequestionados os artigos infraconstitucionais apontados como malferidos.

Isso porque tais dispositivos não foram e nem deveriam ter sido objeto de apreciação, ficando evidente, em verdade, o intuito infringente da irresignação posta em sede de embargos declaratórios.

Quanto ao mais, a irresignação merece prosperar.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte é de que não havendo previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, como no presente caso, é exigível do mutuário o pagamento do resíduo do saldo devedor existente, até sua final liquidação, conforme pactuado.

A propósito:

"RECURSO ESPECIAL - SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL (SFH) - CONTRATO DE FINANCIAMENTO SEM COBERTURA DO FUNDO DE COMPENSAÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS (FCVS) - PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR RESIDUAL PELO MUTUÁRIO - CABIMENTO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário.

2. Tal entendimento não se limita aos contratos firmados após a Lei n. 8.692/93, mas se espalha para qualquer contrato de financiamento habitacional em que não se tenha pactuado expressamente a cobertura do FCVS.”

(REsp 823.791/PE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJe 16/12/2008).

“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE PARÂMETRO DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR DISTINTO DAQUELE PREVISTO PARA O REAJUSTE DOS ENCARGOS MENSais. OBJETO IMPOSSÍVEL. INEXISTÊNCIA. CONTRATO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.692, DE 28.7.1993.

(...)

Não estando preconizada a cobertura do eventual resíduo pelo FCVS (Fundo de Compensações de Variações Salariais), o que sobejar ao final do contrato é da responsabilidade do mutuário.”

(REsp 382.875/SC, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Quarta Turma, DJ 24/02/2003).

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURIDICAL. NÃO OCORRÊNCIA. SALDO RESIDUAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO FCVS. RESPONSABILIDADE DO MUTUÁRIO.

(...)

II - No que tange ao saldo residual, o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, não havendo previsão de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais, como no presente caso, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até sua final liquidação, na forma que for pactuada, conforme o disposto no art. 2º do Decreto-Lei n. 2.349/87.” (REsp 1.113.760/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe 25/05/2011).

Ante o exposto, conheço parcialmente do especial e, nesta parte, dou provimento para reconhecer que o pagamento do saldo devedor residual é de responsabilidade do mutuário.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nesta parte, deu-lhe provimento para reconhecer que o pagamento do saldo devedor residual é de responsabilidade do mutuário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, fixou-se a seguinte tese: “Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o

saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário”.

Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira.

Tribunal Superior do Trabalho

Ação civil pública. CEF. Correspondentes bancários. Casas lotéricas. Equiparação às agências bancárias e a postos de atendimento para efeito de segurança. Inviabilidade. Lei n. 7.102/83. Vigilância armada.¹

ACÓRDÃO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CORRESPONDENTES BANCÁRIOS. CASAS LOTÉRICAS. EQUIPARAÇÃO ÀS AGÊNCIAS BANCÁRIAS E A POSTOS DE ATENDIMENTO PARA EFEITO DE SEGURANÇA. INVIALIBILIDADE. LEI Nº 7.102/83. VIGILÂNCIA ARMADA.

A exploração das loterias federais é um serviço público da União, que, por meio do Decreto-Lei nº 759, de 12/08/69, foi delegado, com exclusividade, à Caixa Econômica Federal. As casas lotéricas, considerada a norma de criação respectiva, têm como atividade primordial e finalística a comercialização de loterias federais e de produtos conveniados. O fato de realizarem algumas tarefas como recebimento de contas de água, luz e outros “boletos”), não equipara as casas a bancos porque essas não constituem tarefas típicas de bancos. Lembre-se que os caixas de supermercados e outros **correspondentes bancários** também recebem contas de água,

luz e telefone sem que esse fato os equiparem a caixas bancários. As atividades dos correspondentes bancários não se confundem com aquelas tipicamente bancárias. Por fim, as casas lotéricas não se confundem sequer com os **postos de atendimento** instalados pela Caixa Econômica Federal. Enquanto as casas lotéricas são empresas, com personalidade jurídica próprias e operadas com seus empregados, os postos de atendimento são extensões das agências do banco, operados com os empregados da Caixa Econômica Federal, para aproximar o banco do público concentrado e facilitar o acesso aos serviços bancários que oferece. Por óbvio que a mera celebração de contrato das casas lotéricas com a Caixa Econômica Federal não desfigura a relação jurídica trabalhista mantida entre os proprietários dessas casas lotéricas. Assim, no que diz respeito à segurança dos empregados de casas lotéricas que atuam como correspondentes bancários, a responsabilidade é exclusivamente do empregador direto.

¹ Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscjt=&numeroTst=000489&dígitoTst=82&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=14&varaTst=0003&submit=Consultar>> Acesso em: 21 out. 2014.

Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° TST-RR-489-82.2001.5.14.0003, em que é Recorrente CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e Recorrido SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DO ESTADO DE RONDÔNIA.

RR - 489-82.2001.5.14.0003. DJe 09.05.2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Estado de Rondônia contra a Caixa Econômica Federal, visando a suspender as atividades realizadas pelas casas lotéricas instaladas no Estado de Rondônia (item 2.1. de fls. 17).

Mediante a sentença de fls. 798/801, o Juízo de Primeiro Grau julgou procedente o pedido para impor à empresa ré as seguintes obrigações de fazer: “*suspender os serviços bancários prestados pelas casas lotéricas de Rondônia, incluindo, dentre outros da mesma natureza, recolhimentos de contribuições fiscais, prestações de imóveis financiados, contras de luz, água e telefone, pagamento de FGTS, Seguro-Desemprego, PIS, proventos e cheques, além de abertura de contas bancárias, recebimento de depósitos e de documentos para compensação bancária, que deverão ser prestados por suas próprias agências, até que implante nas referidas agências lotéricas sistema de segu-*

rança similar ao de suas agências, que inclua vigilância armada, nos termos da Lei n. 7.102/1983, aprovado pelo Ministério da Justiça/Policia Federal, sob pena de multa moratória no importe diário de R\$ 50 mil, pelo interstício de 30 dias, revertida em benefício do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador” (fls 800v/801).

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região manteve a condenação (acórdão de fls. 888/895).

Inconformada, a Caixa Econômica Federal interpôs o Recurso de Revista (razões de fls. 898/931), postulando a reforma da decisão proferida pelo Tribunal Regional. Preliminarmente, argui a nulidade do julgado por incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, ilegitimidade passiva *ad causam* e julgamento *ultra petita*.

O Recurso foi admitido, mediante o despacho de fls. 978/979.

O Sindicato Autor/recorrido ofereceu contrarrazões a fls. 987/999.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer de fls. 1.028/1.035, opina pelo conhecimento parcial do recurso de revista e seu provimento.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Foram preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do Recurso de Revista.

1.1. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Tribunal Regional negou provimento ao Recurso Ordinário in-

terposto pela Caixa Econômica Federal à sentença que a condenou a implantar, nas casas lotéricas, sistema de segurança similar aos de suas agências bancárias, na forma da Lei nº 7.102/1983, inclusive no que tange à segurança armada.

O acórdão proferido pelo Tribunal Regional não aborda o tema da incompetência da Justiça do Trabalho, e esta, tampouco foi ventilada nos Embargos de Declaração a ele opostos. Assim, à falta de prequestionamento (Súmula 297 do TST), inviável o exame dessa questão em sede de recurso de revista.

E não se argumente que, no caso, a violação é nascida na própria decisão recorrida, conforme admite a Orientação Jurisprudencial 119 da SDI-1, porque o entendimento aplicável à hipótese é aquele consubstanciado na Orientação Jurisprudencial 62, da mesma SDI-1:

“ PREQUESTIONAMENTO. PRESSUPOSTO DE RECORRIBILIDADE EM APELO DE NATURALEZA EXTRAORDINÁRIA. NECESSIDADE AINDA QUE A MATÉRIA SEJA DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA”.

Não é demais ponderar, contudo, que a discussão a respeito da questão foi objeto de Incidente de Uniformização de Jurisprudência nesta Corte, tendo ficado estabelecido o entendimento de que as questões como a que se discute nos autos - que envolvem a adoção de medidas relativas ao meio ambiente do trabalho e a preservação do interesse dos empregados das ca-

sas lotéricas, decorrentes diretamente da relação de emprego - inserem-se no âmbito do interesse coletivo de natureza trabalhista, de modo a atrair a competência da Justiça do Trabalho. Nesse sentido é jurisprudência desta Corte, consoante os seguintes exemplos:

“ COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA BANCÁRIA. INSTALAÇÃO DE PORTAS DE SEGURANÇA. O Tribunal Pleno desta Corte, em Sessão realizada em 03/03/2005, julgando o incidente de uniformização de jurisprudência, suscitado no E-RR-359.993/1997.3, decidiu no sentido de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar matéria relacionada à segurança bancária. Conclui-se que se refere a interesse coletivo de natureza trabalhista, relativo à segurança, prevenção e meio ambiente do trabalho. 3. LEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’ DO SINDICATO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Verifica-se do que dispõem os artigos 129, § 1º, e 8º, inciso III, da CF/88, que há legitimidade concorrente do sindicato com o Ministério Público do Trabalho para a propositura da ação civil pública visando a defesa de interesses difusos e coletivos. Incólume o art. 896 da CLT. Recurso de Embargos não conhecido” (E-RR-69 153 112000.1, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, SDI-1).

“ RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA BANCÁRIA. INSTALA-

ÇÃO DE ARTEFATOS DE SEGURANÇA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 20, INCISO 11, DA LEI N° 7.102183. A instância ordinária, ao determinar a instalação de portas de segurança, vidros blindados e equipamentos fotográficos que permitam a inibição e identificação de eventuais criminosos nas agências da reclamada, não impôs obrigação sem amparo legal. Isso porque, tal exigência consta do inciso II do artigo 2º da Lei no 7.102/83, ao tratar da instalação de "artefatos que retardem a ação dos criminosos, permitindo sua perseguição, identificação ou captura". A ausência de especificação dos dispositivos de segurança que se enquadram na referida disposição legal decorre da própria impossibilidade de se enumerar todos os artefatos existentes para esse desiderato. A ação fiscalizadora do Ministério da Justiça, prevista nos artigos 1º e 6º da Lei no 7.102183, não gera a inafastabilidade do controle jurisdicional a resguardar a segurança dos trabalhadores expostos aos riscos da atividade desenvolvida pela entidade bancária. Assim, uma vez constatado em juízo que o estabelecimento bancário não está proporcionando as condições mínimas de segurança previstas em lei, cabe a esta Justiça Especial fazer cumprir a lei, no caso, o disposto no artigo 2º do aludido diploma legal (Precedente: E-RR-3 16.00 111 996, DJ- 14/12/ 2001, Relator Ministro Rider Nogueira de Brito). Embargos não conhecidos" (E-ED-RR-405 137/1997.3, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, SDI-1, DJ 08/06/2007).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA BANCÁRIA. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. O Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em sessão realizada aos 03/03/2005, julgando o incidente de uniformização de jurisprudência suscitado no processo TST-E-RR-359.99311999, reconheceu a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar matéria relacionada a segurança bancária, reconhecendo-a passível de constituir objeto de interesse coletivo de natureza trabalhista. Raciocínio que se aplica igualmente aos direitos individuais homogêneos. 2. Tal entendimento é pertinente em situação na qual a pretensão manifestada em juízo pelo MinistérioPúblico, mediante ação civil pública, consiste em fazer com que o Banco se abstenha de designar empregados da administração para efetuar o transporte de valores, contrariando, assim, norma legal específica (Lei no 7.102183, artigos 10, § 4º, e 16) e colocando em risco a higidez física e a segurança de grupo determinado de empregados. 3. Violação do disposto no artigo 114 da Constituição Federal não configurada. 4. Recurso de revista de que não se conhece. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCOMPETÊNCIA DA VARA DO TRABALHO EM RAZÃO DO LUGAR. Nos termos da legislação em vigor, a competência territorial e funcional para processar e julgar ação civil pública é definida em razão da abrangência da pretensão deduzida em juízo. Na hipótese, denunciada lesão de âmbito regional resulta competente

para apreciação do feito a Vara do Trabalho da capital, por força do que determina o artigo 93, inciso 11, da Lei 8.078/190, aplicável à espécie em virtude da previsão expressa no artigo 21 da Lei no 7.347/185, regramento específico que regula a ação civil pública. Recurso de revista de que não se conhece. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS COLETIVOS E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS INDISPONÍVEIS. Tem legitimidade o Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública, visando tutelar direitos coletivos. Tal é a hipótese sob exame, em que o Parquet Trabalhista persegue a imposição de obrigação de não fazer ao Banco-reu, com efeitos projetados para o futuro, mediante provimento jurisdicional de caráter cominatório, consistente em abster-se de designar, para a realização do transporte de valores, empregados contratados para exercer atividades meramente administrativas. Inteligência dos artigos 83, III, da Lei Complementar no 75/93 e 129 da Constituição Federal. Tal legitimidade alcança, ainda, os direitos individuais homogêneos, que, na dicção da jurisprudência corrente do excelso Supremo Tribunal Federal, nada mais são senão direitos coletivos em sentido lato, uma vez que todas as formas de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), passíveis de tutela mediante ação civil pública, são coletivos. Imperioso observar, apenas, em razão do disposto no artigo 127 da Constituição Federal, que o

direito individual homogêneo a ser tutelado deve revestir-se do caráter de indisponibilidade. Recurso de revista de que não se conhece. ABUSO DO PODER DIRETIVO. DESIGNAÇÃO DE EMPREGADOS EXERCENTES DE ATIVIDADES BUROCRÁTICAS PARA TRANSPORTE DE VALORES. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA LEI No 7.102/193. Não contraria o disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal decisão que qualifica como abusiva e ilegal a conduta patronal consistente em desviar para a realização do transporte de valores - atividade que a lei remete a segurança privada - empregados contratados para o exercício de atividades administrativas de caráter burocrático, que não receberam o treinamento e a formação específicos de que trata o artigo 16 da Lei no 7.102/83, de observância compulsória por empresas cuja atividade principal não seja a vigilância ostensiva nem o transporte de valores, mas utilizem quadro funcional próprio para o exercício de tais atividades (artigo 10, § 4º da Lei no 7.102/83). Recurso de revista de que não se conhece. MULTA. Não consubstancia ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal a imposição de multa, com fundamento no artigo 11 da Lei no 7.347/185, a Banco que utilize, no transporte de valores, pessoal do quadro funcional próprio, contratado para o exercício de atividades burocráticas, não submetido a curso de capacitação e treinamento específicos. Recurso de revista de que não se conhece" (RR-69765612000.2, Relator Minis-

tro: Lélio Bentes Corrêa, 1º Turma).

NÃO CONHEÇO.

1.2. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

A recorrente sustenta que o Tribunal Regional incorreu em violação aos arts. 3º e 472 do CPC; 2º, inc. IV, da Lei nº 8.987/96; 5º, inc. II, e 170, *caput* e inc. II, da Constituição da República, por havê-la mantido no pólo passivo da relação jurídico-processual, sem que, incontroversamente, seja a empregadora dos empregados das casas lotéricas em prol de cuja segurança são postuladas as medidas protetivas, objeto desta Ação Civil Pública.

A matéria, contudo, carece do indispensável prequestionamento, na medida em que nem o Tribunal Regional expendeu tese a seu respeito, nem foi objeto dos Embargos de Declaração opostos ao acórdão (Súmula nº 297 deste Tribunal).

Ademais, confunde-se com o mérito a questão afeta à natureza e extensão da responsabilidade da Caixa Econômica Federal pela garantia de segurança do ambiente de trabalho nas casas lotéricas.

Logo, NÃO CONHEÇO.

1.3. JULGAMENTO *ULTRAPERITA*

Eis o teor da decisão contra a qual se insurge a recorrente:

"Defende a recorrente ter ocorrido julgamento '*ultrapetita*', aduzindo que o demandante não elencou em seu pedido que

fossem suspensos os pagamentos de benefícios sociais, não podendo confundi-los com serviço bancário, sob pena de que se assim o fizermos estaremos penalizando os mais necessitados.

Diz, ainda, que a decisão extrapola, quando 'fixa um critério do plano de segurança como obrigatório, qual seja, VIGILÂNCIA ARMADA, o qual não é objeto de pedido expresso. Pugna pela nulidade da sentença.

São os argumentos da recorrente. Analiso.

Paraclarear as idéias, transcrevo o pedido do autor, *verbis*:

'III. DO PEDIDO

Suspenda os serviços bancários realizados pelas casas lotéricas, tais como pagamento de aposentados, abertura de conta corrente e de poupança, recebimento de depósitos em cheques e numerários, entrega de talonários de cheques, pagamento de cheques, recebimento e processamento de documentos para compensação bancária, até a apresentação e implantação de plano de segurança bancária (Lei 7.102/83) nas casas lotéricas; (f. 08)'

Visto o pedido do autor fica mais claro deduzir que, no pertinente ao argumento inicial, falta razão à recorrente, primeiro porque o sindicato relacionou os serviços de modo exemplificativo e, não, taxativo ou exaustivo, tanto que fez constar a expressão 'tais como'; em segundo lugar entendo que toda a atividade, diversa da realização de apostas lotéricas ou

venda de bilhetes lotéricos, que por uma questão de comodidade, economia e funcionalidade da instituição financeira e por ser típico de seus afazeres, passou às casas lotéricas, deve ser considerada como bancária.

Quanto ao segundo argumento, verifico que o autor fez o seu pedido com base na Lei 7.102/83, pugnando pela 'apresentação e implantação e de plano de segurança bancária (Lei 7.102/83) nas casas lotéricas', se analisada a lei em referência extrai-se que dispõe acerca de vigilância armada, que será utilizada conforme o enquadramento da instituição.

Assim sendo, a inclusão de vigilância armada pelo juízo *a quo* não caracteriza decisão ultra petita, haja vista que este equiparou as lotéricas a pequenas agências bancárias, atraindo, desse modo, o art. 2º da lei em referência.

Feitas essas ponderações, afasto a arguição de julgamento 'ultra petita'.

O Recurso, no particular, fundamenta-se em violação dos arts. 460 do CPC e 1º e 17 da Lei nº 7.102/83. O argumento da recorrente é o de que a providência solicitada em favor dos empregados em casas lotéricas, no que tange à vigilância armada, nem consta do pedido expresso na petição inicial, nem está assegurada no sistema legal vigente.

Não se configura o julgamento para além do pedido inicial, tendo em vista que a pretensão ali deduzida consiste na suspensão de toda e qualquer atividade assemelhada ao serviço bancário, no âm-

bito das casas lotéricas, com a garantia de implementação de plano de segurança bancária, na forma prevista na Lei nº 7.102/83 - a qual, indubitavelmente, estabelece a vigilância armada, embora não em caráter genérico e obrigatório, mas conforme as peculiaridades de cada caso.

Em face de tal contexto, a decisão recorrida circunscreve-se nos exatos limites da lide.

NÃO CONHEÇO do recurso nesse tema.

1.4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CORRESPONDENTES BANCÁRIOS. CASAS LOTÉRICAS. EQUIPARAÇÃO AOS BANCÁRIOS PARA EFEITOS DE SEGURANÇA. LEI Nº 7.102/83. VIGILÂNCIA ARMADA.

O Tribunal Regional manteve a sentença condenatória em obrigação de fazer consistente na suspensão, dos serviços prestados pelas casas lotéricas de Rondônia, dentre eles recolhimento de tributos, FGTS, PIS etc e recebimento de contas "...até que *implante nas referidas agências lotéricas sistema de segurança similar ao de suas agências, que inclua vigilância armada, nos termos da Lei n. 7.102/1983, aprovado pelo Ministério da Justiça/Polícia Federal, sob pena de multa moratória no importe diário de R\$ 50 mil, pelo interstício de 30 dias, revertida em benefício do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador*". Isto é: implante nas casas lotéricas de todo o Estado de Rondônia as mesmas condições de segurança adotados para suas agências, inclusive vigilância arma-

da, nos termos da Lei nº 7.102/83.

Eis os fundamentos constantes do acórdão recorrido:

"Em primeiro lugar, verifico que a recorrente, ao afirmar que as casas lotéricas, além de serem responsáveis pela venda de bilhetes lotéricos, atuam como correspondente bancário e dentre as especificações dessa atividade não estão incluídos serviços típicos bancários, tenta induzir o juízo, ao entendimento de que não existindo essa prática as lotéricas não podem ser reconhecidas como instituição financeira.

Pois bem. Conforme a Circular Caixa nº 2019/2001, Cláusula 3.2.1.1 'A CASA LOTÉRICA é o estabelecimento que comercializa todas as loterias federais, os produtos assemelhados autorizados e atua na prestação de todos os serviços delegados pela Caixa (grifei – fl. 151).

Destaco a questão da forma da prestação de serviços, na medida em que a referida circular na sua cláusula 7 e 7.1.3, dispõe que 'a critério da CAIXA, e de acordo com a categoria de permissão, a Rede de Casas Lotéricas irá atuar na prestação de serviços à comunidade,' (...) comercializando outros produtos, 'e serviços da CAIXA e de suas coligadas...' (fl. 154).

Já a cláusula 7.1.1, dispõe que 'Mediante autorização do Banco Central do Brasil, a Rede de Casas Lotéricas atuará, também, na função de correspondente...'. Portanto, pelo transcrito, podemos perceber que além das atividades de correspondente bancário praticado pelas casas lotéricas, que segundo a recor-

rente é uma atuação de mero colaborador, existe a prestação de outros serviços que, na forma descrita na circular, serão executadas por delegação da CAIXA, que no caso, são as atividades que todos nós já presenciamos algum dia, sendo estes, pagamento de aposentados, abertura de conta corrente e de poupança, recebimento de depósitos em cheques e numerários, entrega de talonários de cheques, pagamento de cheques, recebimento e processamento de documentos para compensação bancária, etc. Diante disso, podemos considerar que as casas lotéricas desempenham, sim, atividades cuja natureza é bancária.

Diante disso cabe, ainda, perquirir, se as casas lotéricas, pelo fato de executarem essas atividades, podem ser consideradas como instituição financeira, para fins de aplicação da Lei 7.102/83. Vejamos.

O artigo 17 da Lei nº 4595, de 31 de dezembro de 1964, estabelece que:

'Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros (grifei).

Parágrafo único. Para os efeitos dessa lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as

pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual' (grifei).

Pelo que se observa das atividades usualmente desempenhadas pelas casas lotéricas, constata-se que a norma acima citada abarca perfeitamente o caso concreto, principalmente quando fazemos a checagem com a relação de serviços delineados pela CAIXA no contrato de adesão para comercialização das loterias federais, na categoria casa lotérica, fl. 661.

Necessário registrar, ser fato público e notório que as casas lotéricas movimentam, diariamente, vultosas quantias em dinheiro, sem que haja o necessário sistema de segurança para os trabalhadores que ali estão.

Dessarte, mesmo sabendo que a Caixa Econômica Federal não mantém contrato de trabalho diretamente com os empregados das casas lotéricas, tendo, inclusive, reconhecimento pacífico do C. TST de que os funcionários das referidas permissionárias não podem ser equiparados aos bancários, é inegável a responsabilidade da empresa pública federal pelo meio ambiente de trabalho a que os obreiros das lotéricas estão submetidos.

Veja-se a cláusula 7^a do Termo Aditivo ao Termo de Responsabilidade e Compromisso para Comercialização das Loterias Federais colacionados às fls. 130/150 cujas cláusulas informam a estreita vinculação entre a Caixa Econômica Federal e as casas lotéricas:

Os equipamentos e sistemas necessários à execução das atividades de comercialização das loterias federais e à prestação de serviços oferecidos pela Rede de Casas Lotéricas são fornecidas pela CAIXA, ou por empresa previamente por ela autorizada e/ou contratada.

Há, inclusive, proibição para o exercício da permissão às casas lotéricas 'em local distinto do autorizado pela CAIXA' (fl. 135). Nesse sentido, observo que a cláusula 20^a, XXIII, do citado termo aditivo, prevê o seguinte direito da permissionária (fl. 141):

XXIII. Manter o seu pessoal dimensionado de acordo com orientação da CAIXA, DEVIDAMENTE TREINADO EM SUAS RESPECTIVAS FUNÇÕES, DE MODO A OPERAR O ESTABELECIMENTO LOTÉRICO com o máximo de capacidade e eficiência, fazendo com que todos os seus empregados, enquanto estiverem trabalhando, atuem dentro dos padrões estabelecidos pela CAIXA (sublinhei).

Do transcrito, depreende-se que, para realizar os serviços contratados, as casas lotéricas necessitam de pessoal treinado segundo as normas da Caixa Econômica Federal.

Ademais, o art. 2º, I, da Resolução n. 2640/99, do Banco Central do Brasil, trata acerca da responsabilidade da recorrente, pois veja-se:

Artigo 2º. Os contratos referentes a prestação de servi-

ços correspondentes nos termos desta Resolução devem incluir cláusulas preventivas:

I – a total responsabilidade da instituição financeira contratante sobre os serviços prestados pela empresa contratada.

Frise-se que os procedimentos já existentes nas casas lotéricas acerca da segurança, isto é, de natureza eletrônica, objetivam proteger o patrimônio da empresa e não os trabalhadores e clientes que adentram ao estabelecimento diariamente, sendo tais meios ineficazes para esse postulado.

E digo mais, com o frágil sistema das casas lotéricas, as mesmas são alvos fáceis dos delinquentes.

Além disso, apesar das alegações da recorrente no sentido de que estatísticas indicam pela redução do índice de crimes praticados contra as casas lotéricas, o caso é que os assaltos ainda são frequentes, devendo-se, por conseguinte, cercar-se do máximo de proteção aos obreiros e clientes, principalmente agora, haja vista que o Estado de Rondônia passa por um acelerado crescimento populacional e econômico, por conta da construção das usinas hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau.

Desse modo, não há como fugir. Entendo que essas unidades devem ser equiparadas às instituições financeiras por força da lei e, consequentemente, deverá ser aplicado os termos da Lei 7.102/83.

Fugindo a seara da analogia da atividade lotérica com a ban-

cária, ou ao menos como correspondente, o que vem a ser questão superada a realidade inexorável que se impõe reconhecer é tratar-se de atividade que desenvolve os seus afares por meio do pagamento e recebimento de quantias, normalmente em moeda corrente, o que as coloca como alvos de ações criminosas, gerando insegurança para os clientes bem como aos trabalhadores que militam nessas instalações.

Ademais as instalações das Casas Lotéricas seguem o padrão estabelecido pela CEF, que por tal razão deveria cuidar da complementação necessária em termos de segurança com a adoção dos equipamentos capazes de dissuadir ou até impedir as ações criminosas que conforme notícia a mídia tornaram-se cotidianas.

Desta forma o meio ambiente laboral está a merecer as adequações no ambiente de trabalho de forma a resguardar a integridade física e emocional dos trabalhadores dessa atividade, motivo pelo qual a sentença deverá ser ratificada nesse aspecto.

Diante do exposto, não merecem acolhida as insurgências da recorrente no presente aspecto, sendo sua a total responsabilidade pelo adequado e seguro meio ambiente de trabalho dos empregados das casas lotéricas, inexistindo razão para se falar em violação a dispositivo constitucional ou legal, pelo que deve ser mantida a decisão do juízo de primeiro grau.

Portanto, nego provimento ao recurso ordinário” (fls. 891v/893v).

A recorrente indica arestos para o confronto de teses e aponta violação aos arts. 5º, inc. II; 170, *caput* e inc. II, da Constituição da República, 2º, inc. IV da Lei nº 8.987/96 e 1º do Decreto-Lei 204/67.

Os paradigmas colacionados a fls. 911/916 atendem aos critérios da Súmula 337 desta Corte e revelam-se especificamente divergentes, por consignarem entendimento no sentido de que as casas lotéricas não se classificam como instituição financeira, nem a esta são equiparáveis, mesmo para os efeitos do que dispõe a Lei 7.102/83 acerca de segurança bancária.

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO

2.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CORRESPONDENTES BANCÁRIOS. CASAS LOTÉRICAS. EQUIPARAÇÃO ÀS AGÊNCIAS BANCÁRIAS PARA EFEITOS DE SEGURANÇA. LEI 7.102/83. VIGILÂNCIA ARMADA.

O Tribunal Regional admitiu a possibilidade de equiparação entre os empregados de casas lotéricas com os da Caixa Econômica Federal e exigiu que as casas lotéricas implantem sistema de segurança tal como se exige das agências bancárias – pessoas jurídicas distintas. Não obstante, reconhece que as situações não se confundem, consonte se depreende do seguinte trecho extraído da fundamentação do acórdão que proferiu:

“Dessarte, mesmo sabendo que a Caixa Econômica Federal não mantém contrato de trabalho diretamente com os empregados das casas lotéricas, tendo, inclusive, reconhecimento pacífico do C. TST de que os funcionários das referidas permissionárias não podem ser equiparados aos bancários, é inegável a responsabilidade da empresa pública federal pelo meio ambiente de trabalho a que os obreiros das lotéricas estão submetidos” (fls. 892v).

Assim, o Tribunal Regional afastou-se da seara eminentemente trabalhista, para examinar a matéria mediante interpretação das normas regentes da relação de natureza meramente civil mantida entre a Caixa Econômica Federal e as casas lotéricas. E, ao fim, veio a equiparar estas últimas (as casas lotéricas) a instituições financeiras, para efeito do que dispõe a Lei 7.120/1983, fazendo-o, apenas, mediante aplicação do disposto no art. 17 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

No exame da questão, contudo, não se pode perder de vista a circunstância de que, no âmbito do Direito do Trabalho, o enquadramento de cada empregador no quadro das categorias econômicas de que trata o art. 577 da CLT depende da atividade preponderantemente exercida.

No que tange às casas lotéricas, sua atividade primordial e finalística é a comercialização de loterias federais e de produtos conveniados. O fato de realizarem, nos dias de hoje, algumas tarefas

semelhantes às dos bancos (cobrança de água, luz e boletos, mediante comissão) não importa em reconhecer tais atividades como sendo tipicamente bancárias, até mesmo porque os caixas de supermercados também recebem contas de água e luz, sem que isso os torne equiparáveis aos bancos ou a suas agências bancárias.

A atividade bancária é muito mais complexa, envolve depósitos, aplicações, financiamentos, poupança, seguros - uma gama de atividades voltadas essencialmente para o lucro, que, por seu volume e sofisticação, são insuscetíveis de comparação com as singelas tarefas executadas pelas casas lotéricas e as agências postais, por exemplo.

A exploração das loterias federais é um serviço público da União, que, por meio do Decreto-Lei 759, de 12/8/1969, foi delegado, com exclusividade, à Caixa Econômica Federal.

Como parte do Programa de Desburocratização e com o objetivo de inserir no sistema financeiro as populações isoladas em localidades mais remotas do País, onde o movimento de valores não é atrativo o suficiente para os bancos estenderem até lá os seus serviços, o Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 2.707/2000, cuja redação é a seguinte:

"RESOLUÇÃO N° 2707 PROGRAMA NACIONAL DE DESBUROCRATIZAÇÃO

Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979.

Dispõe sobre a contratação de correspondentes no País.

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 30 de março de 2000, com base nos arts. 4º, incisos VI e VIII, 17 e 18, parágrafo 1º, da referida Lei e 14 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e tendo em vista o disposto no art. 3º, inciso V, da mencionada Lei nº 4.595, de 1964

RESOLVEU:

Art. 1º Facultar aos bancos múltiplos com carteira comercial, aos bancos comerciais e à Caixa Econômica Federal a contratação de empresas para o desempenho das funções de correspondente no País, com vistas à prestação dos seguintes serviços:

I-recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança;

II - recebimentos e pagamentos relativos a contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança, bem como a aplicações e resgates em fundos de investimento;

III - recebimentos e pagamentos decorrentes de convênios de prestação de serviços mantidos pelo contratante na forma da regulamentação em vigor;

IV- execução ativa ou passive de ordens de pagamento em nome do contratante;

V - recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos e de financiamentos;

- VI - análise de crédito e cadastramento;
- VII - execução de cobrança de títulos;
- VIII - outros serviços de controle, inclusive processamento de dados, das operações pactuadas;
- IX - outras atividades, a critério do Banco Central do Brasil".

Portanto, ao contrário do que expressa o acórdão recorrido, as casas lotéricas, como evidencia a norma de criação do "correspondente bancário", não exercem aquelas chamadas atividades privativas de uma instituição financeira. Isto fica evidente no texto expresso do art. 5º da Resolução 3.156/2003, também do Banco Central do Brasil:

Art. 5º As empresas contratadas para a prestação de serviços de correspondente nos termos desta resolução estão sujeitas às penalidades previstas no art. 44, § 7º, da Lei 4.595, de 96, caso venham a praticar, por sua própria conta e ordem, operações privativas de instituição financeira.

Por outro lado, há que se ponderar que nem todas as casas lotéricas oferecem serviços de correspondente bancário. Essa é uma faculdade que deve ser exercida com toda autonomia pelo dono da casa lotérica, o qual, ao formalizar o contrato, assume, em contrapartida, a obrigação de assegurar a seus empregados condições de executá-lo com eficiência e segurança, para si e também para os clientes, usuários do produto oferecido.

O Tribunal Regional assinalou que as casas lotéricas "devem ser equiparadas às instituições financeiras por força da lei e, consequentemente, deverá ser aplicado os termos da Lei 7.102/83". Com esse entendimento confunde as casas lotéricas com os **postos de atendimento**. O equívoco é manifesto; enquanto as casas lotéricas são empresas, com personalidade jurídica e responsabilidade próprias, seja com o objeto da prestação dos serviços, seja com seus empregados, os postos de atendimento são extensões das agências, operados com os empregados da Caixa Econômica Federal, para aproximar o banco do público concentrado e facilitar o acesso aos serviços que oferecidos pelo banco.

Por óbvio que a mera celebração de contrato das casas lotéricas com a Caixa Econômica Federal não desfigura a relação jurídica trabalhista mantida entre os proprietários dessas casas lotéricas e seus empregados, nem altera a titularidade do poder diretivo patronal, com todas as consequências que lhe são inerentes, inclusive no que tange à obrigação de garantir condições mínimas de segurança no local de trabalho.

Nessa questão lembro os seguintes precedentes desta Corte:

"RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTADO DE SERGIPE. CEF. CORRESPONDENTES BANCÁRIOS. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA CEF. O contrato de prestação de serviços firmado entre a CEF e os donos de lotéricas não tem o condão de atrair a responsabi-

lidade exclusiva da CEF pelos direitos e obrigações decorrentes dos contratos de trabalho mantidos entre os empregados e os donos das casas lotéricas. Assim, a tentativa do Ministério Público em buscar melhores condições de trabalho para os empregados das casas lotéricas, atribuindo à CEF a responsabilidade exclusiva pela implantação de tais medidas, à margem do contrato de trabalho que regula a relação entre empregados e empregadores, não se mostra capaz de viabilizar o pleito. Revista parcialmente conhecida e provida" (RR-103.200-21.2006.5.20.0005, 4ª Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT 13.05.2011).

"RECURSO DE REVISTA DA SCHWARZ & VERWIEBE LOTERIAS, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. Não há como se conhecer do recurso de revista quando a parte aponta como violado artigo que não trata da matéria em debate. Recurso de revista não conhecido. **ENQUADRAMENTO DE EMPREGADA DE CASA LOTÉRICA COMO BANCÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.** Considerando que a atividade preponderante das casas lotéricas continua sendo a comercialização de todas as loterias federais e produtos conveniados, os seus empregados não se enquadram na categoria profissional dos bancários, não podendo se beneficiar das normas coletivas e dos consectários daí decorrentes. Recurso de revista conhecido e provido. **RECURSO DE REVISTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RESPONSABILI-**

DADE SUBSIDIÁRIA E ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIA DE EMPREGADA DE CASA LOTÉRICA. Em razão da decisão proferida no recurso de revista da primeira reclamada, no sentido de julgar improcedente a ação, mostra-se prejudicada a análise das matérias constantes no recurso de revisita da Caixa Econômica Federal - CEF. Recurso de revista não conhecido" (RR - 142400-08.2007.5.12.0010, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 19/03/2010).

"RECURSO DE REVISTA DA LOTÉRICA ROVER E REPRESENTAÇÕES LTDA. E DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ANÁLISE CONJUNTA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. Os artigos indicados pelas reclamadas não impulsionam a questão do julgamento *extra petita*, pois tratam de matéria diversa. Recurso de revista não conhecido. CORRESPONDENTES BANCÁRIOS. EMPREGADOS DE CASAS LOTÉRICAS. ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. O enquadramento é determinado pela atividade preponderantemente exercida pela empresa, à exceção da categoria profissional diferenciada, consoante entendimento dominante tanto na jurisprudência quanto na doutrina. A exploração das loterias federais é um serviço público da União que, por meio do Decreto-Lei 759, de 12/08/69, foi delegado, com exclusividade, à Caixa Econômica Federal. As casas lotéricas, na condição de correspondentes bancárias, exercem, apenas de forma acessória, os serviços bancários básicos de

uma agência, e não as atividades privativas de uma instituição financeira. Assim, considerando que a sua atividade preponderante continua sendo a comercialização de todas as loterias federais e produtos conveniados, os seus empregados que prestam serviços em casas lotéricas não se enquadram na categoria profissional dos bancários, não podendo se beneficiar das normas coletivas e dos consectários daí decorrentes. Recurso de revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Ante o provimento do recurso de revista, pela improcedência do pedido, prejudicado o exame do tema “responsabilidade subsidiária”. aduzido pela Caixa Econômica Federal – CEF (RR - 142500-60.2007.5.12.0010, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 19/03/2010).

Ante todo o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao Recurso de Revista para julgar improcedente a Ação Civil Pública.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, I - por maioria, vencido o Exmº. Sr. Ministro Emmanoel Pereira, conhecer do Recurso de Revista, por divergência, exclusivamente com relação ao tema “Ação Civil Pública. Estado de Rondônia. Caixa Econômica Federal. Correspondentes Bancários. Casas Lotéricas. Equiparação às agências bancárias para Efeitos de Segurança. Lei Nº 7.102/83. Vigilância Armada” e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar improcedente a Ação Civil Pública; II – por unanimidade, não conhecer do Recurso quanto aos demais temas.

Brasília, 18 de dezembro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

João Batista Brito Pereira, Ministro Relator.

PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “*Juris Tantum*” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu site na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). In: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n. 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de <> (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do site) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 510 e 511
Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

**O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.