Revista de Direito da ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

RDA | Ano XI | Nº 21 | 388p | Nov 15

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.21, 2015

Semestral
ISSN: 1808-5822

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

343.03
343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*
Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*
Preparadora de Originais na língua portuguesa: *Simone Diefenbach Borges*
Tiragem: *2.000 exemplares*
Periodicidade: *semestral*
Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*
Solicita-se Permuta

Diretoria Executiva da ADVOCEF

Presidente
Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

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

Álvaro Sérgio Weiler Júnior
Henrique Chagas
Roberto Maia

Conselho Editorial da Revista

Alaim Giovani Fortes Stefanello
Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA/AM e Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR - Presidente do Conselho Editorial.

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

Bruno Queiroz Oliveira
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará - UFC, Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

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

Carolina Reis Jatobá Coêlho
Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduação lato sensu *pelo IDP em Direito Constitucional e pela FESMPDF em Ordem Jurídica e Ministério Público.*

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

Kátia Aparecida Mangone
Mestre e Doutora em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos
Mestre em Programa de Pós Graduação em Integração da América pela Universidade de São Paulo, Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e Pós doutora pelo Núcleo de Estudos da Violência - NEV/USP.

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore
Mestre e Doutor em Processo Civil pela Universidade de São Paulo - USP e Mestre em Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

Vera Regina Hippler
Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

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 SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil
Alexandre Freitas Câmara *13*

Os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo CPC
Fernando da Fonseca Gajardoni *25*

Os precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil
Antonio Carlos Marcato *51*

Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC
Rogéria Dotti *59*

Os precedentes judiciais e suas técnicas de superação no novo Código de Processo Civil
Vinicius Silva Lemos *77*

Inovações que o novo Código de Processo Civil trará para a execução por quantia certa contra devedor solvente
Gustavo Schmidt de Almeida *95*

PARTE 1 – ARTIGOS GERAIS

Pesquisa, diagnósticos genéticos e propriedade intelectual
Cláudio Gehrke Brandão e Ricardo Libel Waldmann *115*

Diálogos com a jurisprudência: desconsideração inversa da personalidade jurídica
Cristiano Starling Erse *139*

Sociedade pós-moderna: informação no consumo alternativo
Martiane Jaques La Flor *167*

Responsabilidade civil ambiental indireta das instituições financeiras fundada na teoria do risco criado
Marcelo Machado Carvalho *187*

Garantia real de imóveis no Brasil
Josiane Mendes Gomes Dias Pinto *213*

A teoria dos contratos incompletos e a análise econômica do Direito
José Gabriel Boschi *239*

Sanções políticas tributárias contra o contribuinte inadimplente
Maurílio Galvão da Silva Júnior *269*

A Reserva Mental no Código Civil Brasileiro
Gustavo Tanger Jardim *287*

PARTE 3 – JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal
Declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo pelo STF. Eficácia normativa e eficácia executiva da decisão: distinções. Inexistência de efeitos automáticos sobre as sentenças judiciais anteriormente proferidas em sentido contrário *311*

Supremo Tribunal Federal
Repercussão geral. Concurso público. Limites da intervenção judicial *341*

Superior Tribunal de Justiça
Leis estaduais e municipais regulamentadoras das condições para prestação de serviços nas agências bancárias. Competência exclusiva dos municípios. Interesse local. Jurisprudências do STJ e STF *361*

Superior Tribunal de Justiça
Recurso repetitivo. Ação monitória. Demonstrativo de evolução da dívida. Ausência ou insuficiência. Suprimento. Art. 284 do CPC *371*

PARTE 4 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO *385*

APRESENTAÇÃO

O prefácio desta 21ª edição inicia-se rememorando a edição anterior, na qual apresentamos um "Prelúdio" contendo artigos dos juristas Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em comemoração aos dez anos ininterruptos da Revista de Direito da ADVOCEF.

Como dito na abertura daquela edição comemorativa, "prelúdio é aquilo que anuncia, que vem antes". A feliz coincidência foi que, ao receber o artigo do jurista Luiz Edson Fachin, ele era Advogado e Professor, mas, quando publicamos a edição, já havia sido aprovado como Ministro do STF.

Na edição que agora se apresenta, também esperamos que o enfoque ao Novo Código de Processo Civil seja um bom prelúdio para a advocacia pública (seu artigo 85, parágrafo 19), tanto nas prerrogativas do exercício profissional quanto na valorização dos honorários (artigo 85, parágrafo 2º), já que há previsão expressa nos parâmetros de condenação em percentuais fixos, o que é muito positivo para os advogados.

Assim, a presente edição, ainda nas comemorações de dez anos, apresenta um rol de artigos sobre a nova lei processual e vários outros trabalhos sobre temas jurídicos de grande relevância acadêmica e profissional.

Boa leitura! Que venham os próximos dez anos!

Alaim Giovani Fortes Stefanello
Presidente do Conselho Editorial

Parte 1

ARTIGOS

Sobre o novo Código de Processo Civil

O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil

Alexandre Freitas Câmara
Desembargador no TJRJ
Professor emérito e coordenador de Direito Processual Civil da EMERJ
Membro da comissão de juristas que assessorou a Câmara dos Deputados no exame do projeto de lei que resultou no novo Código de Processo Civil
Presidente do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC)
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL)

RESUMO

O presente artigo destaca a importância que o novo Código de Processo Civil atribuiu à busca da verdade real em detrimento da verdade formal, ao tornar expresso, em seu artigo 4, o princípio da primazia da resolução do mérito, do qual decorre a verdade real. Ao interpretar o referido princípio como princípio fundamental do novo processo civil, enfrenta a atual jurisprudência defensiva dos tribunais brasileiros que evitam julgar o mérito, privilegiando a verdade formal, e que obstam o cidadão a obter o resultado útil do processo. Por fim, ao abordar o alcance do princípio da primazia da resolução do mérito, o artigo faz digressão com normas do Código de Processo Civil de 1973,que já se referiam ao princípio, ao mesmo tempo em que estabelece sua relação com normas de processo civil que tornam o princípio efetivo e concreto.

Palavras-chave: Primazia da resolução do mérito. Direito fundamental. Jurisprudência defensiva. Princípios do processo civil.

ABSTRACT

This article contrast the importance that the new civil procedure code assigned to search for the real truth at the expense of formal fact, by making express, in its Article 4, the principle of the primacy of the resolution of merit, which follows the real truth. In interpreting this principle as a fundamental

principle of the new civil procedure, faces the current defensive jurisprudence that courts avoid judging merit, emphasizing the formal truth, and that prevent citizens to get the fruitful result of the process. Finally, when addressing the scope of the principle of the primacy of the resolution of merit, the article is touring with standards of the Civil Procedure Code of 1973 already referred to the principle, while establishing its relationship to civil procedure rules make effective principle and concrete.

Keywords: Primacy of the resolution of merit. Fundamental right. Defensive jurisprudence. Principles of civil procedural law.

1 O direito fundamental ao exame do mérito

Há muito se fala, em sede de doutrina, que existe um direito fundamental de acesso à justiça, o qual não pode ser visto como mera garantia de acesso ao Judiciário, mas, mais do que isso, deve ser compreendido como o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo.[1] Não obstante isso, sempre foi muito grande o número de decisões obstando o exame de mérito (de processos e de recursos), o que gerou até mesmo um movimento nos tribunais que ficaria conhecido como "jurisprudência defensiva".[2]

A existência de uma jurisprudência defensiva, porém, com a criação de obstáculos ao exame do mérito de processos e recursos, acaba por contrariar o direito fundamental de acesso à justiça (aqui compreendido como garantia de acesso aos resultados a que o processo se dirige e, pois, garantia de obtenção de pronunciamentos de mérito e de satisfação prática dos direitos).[3]

---

1 Não é por outra razão que a doutrina, ao definir o acesso à justiça, fala expressamente da obtenção dos resultados: "[a]cesso à justiça se refere à habilidade das pessoas de buscar e obter um remédio através de instituições formais ou informais de justiça, e em conformidade com os standards dos direitos humanos" (FÉRRAND, 2014, p. 10, tradução livre). No original: "[a]ccess to justice refers to the ability of people to seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice, and in conformity with the standards of human rights".

2 Reconhecendo a existência de uma jurisprudência defensiva, vale ler o que disse, em voto proferido no STF, o Min. Gilmar Mendes: "É evidente que a orientação dominante está presidida por aquela denominada por alguns de nós de 'jurisprudência defensiva'. Cabe à parte, portanto, tomar todas as medidas para o recurso ser adequadamente aviado e chegue ao Tribunal em condições de ser devidamente apreciado" (STF, AI 496136 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/5/2004).

3 É claro que o direito ao julgamento do mérito e à satisfação prática do direito não esgota a garantia de acesso à justiça. Como se pode ler em Uzelac (2014, p. 3, tradução livre): "Qual é o objetivo de tribunais e juízes em

O direito fundamental de acesso à justiça, evidentemente presente no ordenamento jurídico brasileiro (por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República), assegura, porém, o acesso aos resultados efetivos do processo, notadamente a resolução do mérito (nos procedimentos cognitivos, aí incluídos os recursos) e a satisfação prática do direito substancial (nos procedimentos executivos, inclusive naquele que no Brasil se convencionou chamar de cumprimento de sentença, que nada mais é do que a execução de decisões judiciais). Para dar efetividade a esse direito fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 fez constar do rol (não exaustivo) de normas fundamentais do processo civil o *princípio da primazia da resolução do mérito*, objeto deste breve estudo.

2 O princípio da primazia da resolução do mérito como norma fundamental do processo civil

O Código de Processo Civil de 2015 é, em sua estrutura (e não só em seu conteúdo), bastante diferente da legislação processual anterior. Destaca-se, aí, a existência de uma Parte Geral, cujos dispositivos, ao serem interpretados, dão azo à identificação de normas aplicáveis a todos os procedimentos civis (e não só civis, como se pode ver pela leitura do art. 15 do Código). E na Parte Geral do Código tem especial destaque um capítulo denominado "Das normas fundamentais do processo civil", composto pelos doze primeiros artigos da lei.

Nesse capítulo podem ser encontrados dispositivos cuja interpretação permite a afirmação de princípios e regras que compõem a base do direito processual civil brasileiro. No que concerne aos princípios, especificamente, não há – no CPC de 2015 – grandes novidades. É que todos esses princípios já resultam diretamente da Constituição da República de 1988 e compõem o modelo constitucional de processo civil brasileiro.[4] Não

causas cíveis no mundo contemporâneo? Seria fácil afirmar o óbvio e repetir que em todos os sistemas de justiça do mundo o papel da justiça civil é aplicar o direito substancial aplicável aos fatos estabelecidos de modo imparcial e pronunciar julgamentos justos e precisos. O diabo está, como sempre, nos detalhes". No original: "What is the goal of courts and judges in civil matters in the contemporary world? It would be easy to state the obvious and repeat that in all justice systems of the world the role of civil justice is to apply the applicable substantive law to the established facts in an impartial manner, and pronounce fair and accurate judgments. The devil is, as always, in the details".

[4] Sobre o conceito de modelo constitucional de processo civil, Andolina e Vignera (1990). A respeito do modelo constitucional do processo civil brasileiro, Câmara (2015, p. 20).

obstante isso, o CPC de 2015 explicita esses princípios constitucionais (como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais) ou apresenta corolários seus (como os princípios da boa-fé objetiva e da cooperação), o que tem a evidente vantagem de deixar clara a necessidade de se desenvolver o processo a partir de um modelo constitucional. Não é à toa, aliás, que o art. 1º do CPC de 2015 expressamente estabelece que "[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

O art. 4º do CPC de 2015 faz alusão a dois princípios fundamentais do processo civil do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (que tem guarida constitucional no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior) e o da *primazia da resolução do mérito*. É que o aludido dispositivo expressamente afirma que "[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Evidentemente, uma primeira leitura do dispositivo legal transcrito faz com que a atenção do intérprete seja chamada para a referência ao "prazo razoável", o que imediatamente leva ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Uma leitura mais atenta, porém, permite verificar ali a afirmação de que "*[a]s partes têm o direito de obter [a] solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*".

Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução do mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis aí, portanto, o *princípio da primazia da resolução do mérito*.

Por força desse princípio, combate-se a jurisprudência defensiva, sendo, portanto, equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para os superar. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo.

Para efetiva aplicação desse princípio, o CPC de 2015 permite a identificação de uma série de regras destinadas a permitir que sejam removidos obstáculos à resolução do mérito, facili-

tando a produção dos resultados a que o processo civil se dirige. Vale, então, examinar um rol meramente exemplificativo dessas regras, o que permitirá uma melhor compreensão do modo como incide o princípio que aqui se trata.

3 Regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito no novo CPC

A primeira regra de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito que se destaca aqui é a que resulta da interpretação do § 2º do art. 282. Esse dispositivo é apresentado antes de qualquer outro com uma finalidade: permitir que se verifique que o princípio que aqui se trata não foi "inventado" pelo CPC de 2015, mas é resultado de uma evolução histórica que já permite afirmar a existência de uma *história institucional* do princípio. Afinal, o dispositivo mencionado é reprodução (com pequeninos ajustes de redação, como a substituição da expressão "declaração da nulidade" pela expressão, mais precisa, "decretação da nulidade") do § 2º do art. 249 do CPC de 1973. É por força do § 2º do art. 282 do CPC de 2015 que se pode afirmar que, "[q]uando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta". Pense-se, por exemplo, no caso em que o juiz verifica não ter havido a correta intimação do réu para comparecer a uma audiência de instrução e julgamento, vício este que só é percebido quando os autos estão conclusos para sentença. Ora, se o material probatório existente nos autos é suficiente para a prolação de uma sentença de improcedência do pedido (pronunciamento de mérito favorável ao réu, que seria favorecido pela decretação da nulidade da audiência para a qual não fora regularmente intimado), não há qualquer sentido em anular-se a audiência. Deve-se, pois, proferir sentença de mérito, e não anular o ato processual.

Esse modo de proceder, como dito, já encontrava precedentes no sistema processual anterior, o que justificou a prolação de decisões de mérito em casos nos quais haveria motivo para reconhecer a existência de nulidades processuais e até mesmo para se extinguir o processo sem resolução do mérito.[5]

[5] Assim, por exemplo, no julgamento da apelação cível nº 0074003 – 08.2006.8.19.0002, o TJRJ, por sua Segunda Câmara Cível, julgou procedente pedido formulado por autor que não estava devidamente representado por advogado, já que o reconhecimento da nulidade aí serviria para beneficiar o demandante, que – sem advogado – teria uma defesa técnica de seus interesses que poderia ser considerada deficiente. Ora, se era possível julgar

Merece destaque, também, o disposto no art. 317 do CPC de 2015, por força do qual, "[a]ntes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício". É, pois, absolutamente incompatível com as normas fundamentais do processo civil brasileiro extinguir-se o processo sem resolução do mérito sem que antes se dê ao demandante oportunidade para sanar eventual vício processual. E por força do princípio da cooperação – consagrado no art. 6º do CPC de 2015 – é incumbência do órgão jurisdicional apontar com precisão qual o vício que se faz presente e pode, se não for sanado, obstar a resolução do mérito. Daí a razão para a previsão, contida no art. 321, de que

> [o] juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, *indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado* (grifos nossos).

No mesmo sentido se encontra o disposto no art. 488, segundo o qual, "[d]esde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485", ou seja, a extinção do processo sem resolução do mérito. Pense-se, por exemplo, no caso de o juiz verificar que o processo se encontra paralisado há mais de trinta dias por desídia do autor, o que é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, III), mas se dá conta, também, de que o direito que o autor pretende fazer valer em juízo já se extinguira por força da consumação de prazo decadencial, o que é causa de prolação de sentença de mérito (art. 487, II). Como a sentença de mérito, aqui, favoreceria o demandado, mesma parte que seria beneficiada pela extinção do processo sem resolução do mérito, deve-se considerar adequada a emissão de um pronunciamento que resolva o mérito da causa, dando-lhe solução definitiva.

Em grau de recurso – sede em que a jurisprudência defensiva mais se desenvolveu – há diversas regras de concretização do princípio da primazia da resolução do mérito. Algumas aqui também merecem destaque.

A primeira delas, sem dúvida, é a que se alcança com a interpretação do art. 932, parágrafo único, do CPC de 2015, por

procedente seu pedido não obstante o vício de sua representação, não havia qualquer sentido em decretar-se a nulidade.

força do qual, "[a]ntes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível". Pense-se, por exemplo, no caso de ter sido interposto recurso que só será tempestivo se ficar comprovada a ocorrência, durante a fluência do prazo, de algum feriado local. O art. 1.003, § 6º, do CPC de 2015 estabelece que incumbe ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local *no ato de interposição do recurso*. A ausência dessa comprovação no momento da interposição do recurso, porém, não acarreta a inadmissão automática do recurso: incumbe ao relator, antes de proferir decisão de não conhecimento do recurso, determinar a intimação do recorrente para produzir a prova em cinco dias.

Regra equivalente se aplica aos casos em que não há comprovação do preparo no momento da interposição do recurso. O CPC de 2015 repetiu, em seu art. 1.007, § 2º, a disposição contida no § 2º do art. 511 do CPC de 1973, por força da qual o recorrente será intimado, no caso de insuficiência do preparo, a complementar o depósito no prazo de cinco dias. Novidade, porém, está na previsão do § 4º do art. 1.007 do novo CPC: "[o] recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção". Verifica-se aí não só a preocupação com a observância do princípio da primazia da resolução do mérito, mas também a necessidade de combater-se conduta protelatória (que, na hipótese, consistiria em não comprovar preparo algum com o objetivo de retardar o exame do mérito do recurso, aguardando-se a abertura de nova oportunidade para comprovar o recolhimento das custas): haverá, é certo, uma segunda oportunidade para o recorrente efetuar o preparo, mas, de outro lado, será ele punido com a exigência de que efetue o depósito do valor em dobro.

Ainda tratando do preparo do recurso, merece destaque o disposto no art. 1.007, § 7º, segundo o qual "[o] equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias". Elimina-se, aqui, aquela que talvez tenha sido a principal causa de prolação de decisões afinadas com a "jurisprudência defensiva": a dos erros no preenchimento de guias de recolhimento de custas.[6]

[6] Veja-se, apenas a título de exemplo, o seguinte acórdão, assim ementado: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREPARO. EQUÍVOCO QUANTO À INDICAÇÃO DO CÓDIGO DE RE

Em sede de recurso especial e de recurso extraordinário se destacam algumas previsões que não têm qualquer antecedente na legislação processual anterior. Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 1.029, § 3º, por força do qual "[o] Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave". Evidentemente, só se poderá desconsiderar vício de recurso interposto tempestivamente, já que no caso de ser intempestivo o recurso especial ou extraordinário já terá o acórdão recorrido transitado em julgado, caso em que apreciar o mérito do recurso implicaria violar a garantia constitucional da coisa julgada. Tempestivo que seja o recurso excepcional, porém, o STF e o STJ deverão (e não simplesmente poderão, como consta da literalidade do texto normativo, visto que evidentemente não se trata de faculdade do órgão jurisdicional, mas de um dever que lhe é imposto por princípios fundamentais do ordenamento processual) desconsiderar vícios menos graves (como seria uma diferença ínfima entre o valor do preparo recolhido e o efetivamente devido) ou determinar sua correção (como se daria, por exemplo, no caso de não estar indicado o endereço eletrônico onde encontrado acórdão invocado como paradigma em recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, o que afrontaria a exigência formal resultante do disposto no art. 1.029, § 1º, do CPC de 2015).

Outra regra de aplicação do princípio da primazia do mérito se encontra nos dispositivos que regulam a *conversão de recurso especial em extraordinário e vice-versa*. Dispõe o art. 1.032 do CPC de 2015 que, no caso de o relator do recurso especial entender que este versa sobre questão constitucional, não deverá declará-lo inadmissível, mas conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral

COLHIMENTO. DESOBEDIÊNCIA À RESOLUÇÃO N. 4/2013 DO STJ. DESERÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. 'No ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção' (art. 511, caput, do CPC). 2. A regularidade do preparo se verifica pela juntada aos autos da Guia de Recolhimento da União - GRU e o respectivo comprovante de pagamento, devendo ser observado o correto preenchimento da GRU, conforme determinar a resolução em vigor à época da interposição do recurso. 3. **A irregularidade no preenchimento da guia, consistente na indicação equivocada do Código de Recolhimento, caracteriza a deserção do recurso**. 4. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no AREsp 576.060/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 01/06/2015, grifos nossos).

e se manifeste sobre a questão constitucional, a fim de em seguida remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal. De sua vez, se o STF reputar reflexa a ofensa à Constituição da República alegada em recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, deverá remetê-lo ao STJ para julgamento como recurso especial (art. 1.033).

Conclusão

A apresentação que aqui se fez de algumas regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito teve um único objetivo:[7] mostrar que é preciso tratar o processo civil brasileiro do século XXI como um mecanismo eficiente de produção de resultados constitucionalmente legítimos. O juiz do século XXI deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais (NUNES; DELFINO, 2014) , e entre estes está, sem dúvida, o direito fundamental de acesso à justiça, compreendido aqui como direito fundamental à produção de resultados constitucionalmente legítimos através do processo.

Certamente a aplicação desse princípio exigirá uma mudança de postura (e de cultura) dos magistrados: é preciso que eles passem a ver-se como integrantes de uma comunidade de trabalho[8] através da qual, junto com as partes (e seus advogados), construirão a decisão correta para o caso concreto (CUNHA, 2015). É preciso, então, que essa comunidade de trabalho seja compreendida em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 1º da Constituição da República. Como leciona Nunes (2008, p. 163):[9]

> Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho

[7] Perdoe-se a insistência na afirmação de que as regras aqui apresentadas são apenas exemplos de normas que asseguram a primazia da resolução do mérito. Outras disposições como essas poderiam ter sido indicadas. Veja-se, apenas à guisa de exemplo, o disposto nos arts. 139, IX, 338 e 352, todos do CPC de 2015.

[8] O conceito de comunidade de trabalho processual nasceu na obra do processualista austríaco Franz Klein, que prefigurava uma forma de cooperação (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes. Sobre o ponto,Picardi (2012, p. 16). A concepção dessa comunidade de trabalho hoje, porém, como se verá melhor no texto, deve ser completamente diferente, já que o CPC de 2015 consolida a superação do processo hiperpublicista inspirado no modelo de Klein e acolhe definitivamente o modelo de processo cooperativo, comparticipativo.

[9] No mesmo sentido, Didier Júnior (2013, p. 212).

> deve ser revista em perspectiva policêntrica e comparticipativa, afastando qualquer protagonismo, e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.

O processo civil brasileiro do Estado Democrático, que o CPC de 2015 consolida a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República de 1988, há de ser um processo comparticipativo, cooperativo, capaz – por isso mesmo – de conduzir a decisões constitucionalmente legítimas, que serão, preferencialmente, decisões *de mérito*.

Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Turim: G. Giappichelli, 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo: RT, v. 1, p. 13-32, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Princípio da primazia do julgamento do mérito**. 30 mar. 2015. Disponível em: http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/. Acesso em: 1 jul. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207-217.

FÉRRAND, Frédérique. **Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure**. *In*: International Association of Procedural Law Seoul Conference. Seul: IAPL, 2014. p. 1-16.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. **Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais**. 3 set. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>. Acesso em: 1 jul. 2015.

PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. **Historia et ius** – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, Roma, v. 2. p. 1-6, 2012.

UZELAC, Alan. Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world: Global developments – towards harmonisation (and back). *In*: UZELAC, Alan.

(Coord.). **Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems**. Suíça: Springer, 2014. p. 3-31.

Os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo CPC

Fernando da Fonseca Gajardoni
Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP-USP) e do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e da Cidadania da UNAERP
Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP)
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

RESUMO

O presente artigo trata sobre os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo Código de Processo Civil. Inicialmente serão apresentados os modelos procedimentais, os procedimentos ou ritos no CPC/1973. A seguir serão analisadas as razões que inspiraram a criação de procedimentos especiais e a simplificação formal e ritual no Novo Código, como: a) substituição dos procedimentos cognitivos ordinário e sumário pelo procedimento comum melhorado; b) fim dos procedimentos especiais cautelares; c) extinção de inúmeros procedimentos especiais; d) manutenção, realocação e inserção de novos procedimentos especiais; e) ressurreição (nova roupagem) de alguns procedimentos especiais. Por fim, discorre-se sobre a flexibilização e déficit procedimental no Novo CPC, partindo em seguida para as conclusões do estudo.

Palavras-chave: Processo Civil. Novo Código. Procedimentos simplificados e flexibilizados.

ABSTRACT

This article deals with simplified and more flexible procedures in the New Code of Civil Procedure. Initially the procedural models will be presented, procedures or rites in CPC / 1973. Then will be analyzed the reasons that inspired the creation of special procedures and formal ritual and simplification in the New Code, as: a) replacement of ordinary cognitive and summary procedures for improved common procedure; b) end of the special pre-cautionary procedures; c) extinction of numerous special procedures; d) maintenance, relocation and insertion of new special procedures; e) resurrection (new guise) some special procedures. Finally, talks up on the flexibility and procedural deficit in the New CPC, starting then to the study's findings.

Keywords: Civil Procedure. New Code. Simplified and more flexible procedures.

1 Modelos procedimentais

Quanto à ordenação formal dos atos no processo (local na série e prazos), o modelo procedimental de um sistema varia conforme maior ou menor flexibilidade na aplicação destas regras ao caso concreto; se há liberdade ou não das partes e do juiz para modificarem essas regras, se afastando do modelo legal previamente previsto; se o regime preclusivo é tênue ou rigoroso, admitindo ou não o retorno a fases processuais já superadas no tempo.

Com base nisso, dois sistemas processuais são conhecidos e indicados pela doutrina no que toca ao procedimento: a) *sistema da legalidade das formas procedimentais*; b) *sistema da liberdade de formas procedimentais*.

No primeiro sistema, o lugar em que cada ato processual tem cabimento, bem como o prazo para sua prática, se encontra rigidamente preestabelecido em lei, podendo o desrespeito à prescrição legal implicar invalidade do próprio ato processual, do seu conjunto (do procedimento todo), ou do resultado do processo (da sentença). Esse sistema tem por grande mérito a previsibilidade e a segurança que oferta ao jurisdicionado, ciente da maneira como se desenvolverá o processo do início ao fim. Mas é burocrático e em muitas ocasiões implica a prática de atos processuais desnecessários ou inadequados à efetiva tutela dos direitos.

Já no segundo sistema não há uma ordem legal preestabelecida para a prática dos atos processuais, tampouco há disciplina legal dos prazos, competindo aos sujeitos do processo (ora às partes, ora ao juiz) determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado, bem como o tempo para tanto.

Não há sistemas totalmente puros, embora seja manifesta a preferência pelo primeiro deles e a preponderância das regras legais sobre o procedimento. A grande maioria dos modelos procedimentais – como o da até então vigente Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) ou do próprio CPC/1973, ainda em vigor, tende ao sistema da legalidade das formas procedimentais, em que não é permitido às partes ou ao magistrado alterar a ordem ou o prazo para a prática de atos processuais na série.

2 Procedimentos ou ritos no CPC/1973

Exatamente por conta da adoção do modelo da *legalidade das formas procedimentais* no CPC/1973, a doutrina nacional majoritária tem entendido que só a legislação pode promover a calibração dos procedimentos processuais às particularidades subjetivas e objetivas da causa. Por isso, ao Estado compete estabelecer normas que disciplinem os procedimentos levando em conta diversos fatores, que vão desde a busca por uma tutela jurisdicional mais célere até uma melhor proteção a determinadas pessoas ou direitos que, pelo seu valor pecuniário ou social, demandam uma solução de melhor qualidade extrínseca e/ou intrínseca.

Com base nisso e visando essa adequação procedimental, o CPC/1973 criou, conforme o tipo de processo (conhecimento, execução e cautelar), variados procedimentos, assim classificados por puro expediente didático.

No *processo de conhecimento*, o sistema contemplou duas categorias procedimentais: os *procedimentos comuns* e os *procedimentos especiais*. Os primeiros subdividem-se em procedimentos ordinário e sumário (art. 272 do CPC/1973). Os segundos, em procedimentos especiais constantes do CPC/1973 (arts. 890 a 1.102c) e nos constantes de legislação extravagante. A todos se aplicam subsidiariamente as regras do *procedimento comum* ordinário (art. 272, parágrafo único, do CPC/1973).

Já no *processo de execução*, embora o sistema não seja expresso, tampouco a doutrina faça essa classificação, encontramos, também, duas categorias de ritos: *os comuns e os especiais.* Integram o processo de execução de rito comum a execução para entrega de coisa (artigos 621 a 631 CPC/1973), a execução de obrigação de fazer e não fazer (artigos 632 a 645 CPC/1973) e a execução por quantia contra devedor solvente (artigos 646 a 729 CPC/1973). Já os procedimentos especiais da execução também se subdividem em procedimentos especiais constantes do CPC/1973 – execução contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731), execução de alimentos (arts. 732 a 735) e execução por quantia contra devedor insolvente (arts. 646 a 729 e 748 a 786-A) – e procedimentos especiais executivos de legislação extravagante (aqueles não contemplados no Código de Processo Civil), entre outros, a execução fiscal (Lei 6.830/1980) e a execução hipotecária do Decreto-lei 70/1966 e da Lei 5.741/1971.

O *processo cautelar* também tem os seus procedimentos. Ao lado das cautelares de *procedimento comum* (arts. 800 a 804 do CPC/1973) – nominadas (arts. 888 e 889 do CPC) ou inominadas

(art. 798 do CPC) – há, ainda, as cautelares de *procedimento próprio ou especial* (arts. 813 a 887 do CPC/1973), que se diferenciam das primeiras, como todo procedimento especial, exatamente por se submeterem a trâmites específicos e que se revelam total ou parcialmente distintos dos comuns.

3 Razões que inspiraram a criação dos procedimentos especiais

Para todos os tipos de processos, a criação de modelos rituais especiais resulta, ao menos em tese, de particularidades ligadas ao direito material ou à pessoa dos litigantes.

Assim, por exemplo, o legislador, atento ao *diminuto valor do pedido*, criou o procedimento especial dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Lei 9.099/1995), Federais (Lei 10.259/2001) e da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), onde impera a sumarização e informalidade procedimental; atento ao *interesse público* em jogo criou o procedimento especial da desapropriação (Decreto-lei 3.365/1941), com possibilidade de imissão do poder expropriante na posse do bem liminarmente; atento à tutela do próprio *direito à vida* criou o procedimento especial da ação de alimentos (Lei 5.478/1968), que permite a concessão de tutela antecipatória com requisitos muito mais tênues que os do art. 273 do CPC/1973; atento à *qualidade especial das partes* quadruplicou todos os prazos de resposta das Fazendas Públicas (art. 188 do CPC), bem como modelou um procedimento executivo por quantia específico contra o Estado (art. 730 CPC/1973); e atento, simplesmente, à *incompatibilidade lógica do procedimento comum com a execução coletiva*, criou o procedimento especial falimentar (Lei 11.101/2005).

Há alguns procedimentos especiais, entretanto, que, apesar de previstos na legislação civil em vigor, efetivamente não tinham mais razão de existir, seja porque poderiam perfeitamente ser tutelados pelo procedimento comum (sem prejuízo algum ao direito ou das partes em litígio), seja porque, com a possibilidade, desde 1994, de concessão de liminares antecipatórias genéricas (art. 273 CPC/1973), não havia mais sentido para que continuassem especiais. Listem-se, como exemplos, os procedimentos especiais da ação de anulação de títulos ao portador (arts. 907 a 913 CPC/1973), da ação de nunciação de obra nova (arts. 934 a 940 CPC/1973), da ação de usucapião (arts. 941 a 945 CPC/1973), entre tantos outros.

Seja como for, é de se reafirmar que, como nosso sistema vigente é adepto da *legalidade das formas procedimentais*, pre-

valece atualmente o entendimento de que não é dado ao juiz, à míngua de previsão legal específica, ignorar os procedimentos especiais inutilmente previstos – deixando de aplicá-los conforme a constatação de falta de racionalidade lógica na sua criação –, tampouco pode o magistrado, percebendo a ausência de tutela ritual adequada a determinado bem ou pessoa, adaptar ou criar procedimentos conforme as particularidades da causa.

4 Os procedimentos no Novo CPC (Lei 13.105/2015)

No Novo CPC são promovidas alterações profundas no regime procedimental do CPC/1973, com manifesta simplificação dos ritos e, principalmente, com uma tentativa de se mitigar, ao menos parcialmente, a adoção, pelo sistema, do *modelo da legalidade das formas procedimentais*, permitindo-se ao juiz e às partes, diante do déficit procedimental, a adaptação dos procedimentos às particularidades objetivas e subjetivas da causa (*flexibilização procedimental*).

5 A simplificação formal e ritual no Novo CPC

Como um dos motes anunciados pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Novo CPC era a *simplificação*, não parece estranho que um dos principais campos para o exercício dessa tarefa fosse a seara dos procedimentos.

Afinal, é voz corrente no foro e na academia que os procedimentos do CPC/1973, de um modo geral, são lentos e burocráticos, sendo imperiosa, portanto, uma completa reestruturação para, sem renúncia aos direitos e garantias constitucionais, permitir que o processo alcance o maior resultado no menor tempo possível.

Por exemplo, sabe-se que o procedimento cognitivo sumário do CPC/1973 – apesar de ser um plenário rápido (GUILLÉN, 1953, p. 46) – acaba, no mais das vezes, por ser mais lento que o próprio procedimento ordinário (FIGUEIRA JR.; LOPES, 1997, p. 35), isso por conta da necessidade de pauta judicial livre para a realização de audiência de conciliação logo no início do procedimento (art. 277 e 278 do CPC/1973).

Sabe-se, também, que o modo formal – quase solene – do processamento de certos incidentes processuais (exceções de incompetência relativa, impugnação ao valor da causa, impugnação aos benefícios da justiça gratuita etc.) e de demandas contrapostas (reconvenção) prejudica profundamente a tutela dos direitos (BEDAQUE, 2005, p. 417-433).

E, por fim, a quase nenhum operador jurídico é lícito negar que o excessivo número de procedimentos especiais cognitivos e cautelares – muitos deles, como já apontado, criados sem sentido lógico algum – acaba por confundir a própria presteza e efetividade da Justiça (ARAGÃO, 2004, p. 205).

Por isso o Novo CPC investe fundo na questão da simplificação formal e ritual do sistema, eliminando empecilhos puramente formais, sem sentido prático ou lógico, e reprojetando, com algumas melhorias, os ritos processuais, os quais doravante pretendem efetivamente servir ao que se prestam: garantir segurança, cadência e estrutura ao processo civil.

5.1 A substituição dos procedimentos cognitivos ordinário e sumário pelo procedimento comum

O Novo CPC propõe – em boa hora – o fim dos procedimentos cognitivos *sumário* e *ordinário*, fundindo-os em uma figura única e híbrida denominada *procedimento comum*.

Cria-se, assim, um procedimento misto – doravante nominado simplesmente de *procedimento comum* (art. 318 CPC/2015) – com a tentativa de fusão do que havia de melhor nos dois procedimentos substituídos, potencializando-os, ainda, através de pequenos ajustes que podem – com o correspondente empenho dos operadores jurídicos e estruturação das unidades judiciárias – fazer com que os processos sejam concluídos rapidamente em 1º grau de jurisdição.

Ampliam-se as hipóteses de improcedência liminar do pedido (*julgamento antecipadíssimo do mérito*), para abarcar – além da prescrição e decadência (art. 332, § 1º, CPC/2015) – as situações de pretensões fundamentadas em matéria exclusivamente de direito e contrárias a: a) decisões do STF ou STJ, proferidas em julgamento de recursos repetitivos ou súmulas; b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (art. 332 do CPC/2015); c) enunciado de súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local. Lamentavelmente, foi excluída a hipótese atual de julgamento liminar de improcedência das causas repetidas em 1º grau (art. 285-A CPC/1973), algo que contraria o ideário sempre defendido pela doutrina (mas não pela comissão de juristas que apoiou os trabalhos junto à Câmara dos Deputados), de que é necessário o fortalecimento dos juízes de primeira instância.

Insere-se, logo na fase inicial do procedimento e antes da resposta do réu, uma audiência de conciliação – de comparecimento pseudocompulsório (sob pena de multa – art. 334, § 8º,

CPC/2015) – a ser realizada por conciliadores e mediadores em pauta distinta da do juiz (art. 334 do CPC/2015), a qual só será dispensada se ambas as partes declararem expressamente seu desinteresse no ato; o autor na inicial e o réu nos 10 (dez) dias que antecedem a audiência (art. 334, § 4º, CPC/2015). Embora plenamente justificada a opção do Novo CPC – vez que experiências reais (Projeto de Gerenciamento de casos do TJ/SP) revelam o quão útil para os fins autocompositivos é a realização de audiência de conciliação/mediação, através de corpo de mediadores/conciliadores autônomos, logo no início do rito (GAJARDONI; ROMANO; LUCHIARI, 2008, p. 18/42) –, a realização de audiência a contragosto de uma das partes não parece ter sido a melhor opção, mormente porque violadora do princípio da autonomia da vontade (vetor máximo em tema de autocomposição).

Extingue-se a diferenciação inútil que existia entre a forma de arguição da incompetência absoluta e relativa existente no CPC/1973, a primeira por preliminar de contestação (art. 301, II, CPC/1973) e a outra por exceção ritual autônoma (arts. 112, 114 e 307 CPC/1973). Doravante ambas as incompetências poderão ser arguidas por preliminar de contestação (art. 64 do CPC/2015) – conforme, inclusive, já vem sido admitido por jurisprudência mais progressiva – simplificação esta que também foi estendida para os atuais incidentes autônomos de impugnação ao valor da causa (art. 261 CPC/1973) e impugnação dos benefícios da justiça gratuita (art. 6º da Lei 1.060/50), os quais se farão, da mesma forma, em preliminar de contestação (art. 337, III e XIII, CPC/2015).

Permite-se ao réu no novo *procedimento comum* – tanto quanto hoje já é permitido para o procedimento sumário (art. 278, § 1º, CPC/1973) e para alguns procedimentos especiais (*v.g*. art. 922 CPC/1973) – a possibilidade de formular reconvenção na própria contestação, independentemente de petição autônoma (art. 343 do CPC/2015). Lamentavelmente, não se suprimiu, de vez, a figura da reconvenção (como era a ideia originária do art. 326 do projeto aprovado originariamente no Senado), relegando o instituto para a história do processo civil brasileiro.

Aliás, pelo seu vasto conteúdo (exceções de incompetência, pedido contraposto etc.), a contestação – a ser apresentada, regra geral, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do insucesso da audiência de conciliação (art. 335 do CPC/2015) – deveria ser renominada no CPC/2015 para *resposta*, nomenclatura muito mais adequada para indicar o que ela realmente representa.

Permite-se a emenda da inicial após a contestação – em verdadeira manobra de salvamento do processo – nos casos em que

alegada ilegitimidade passiva (art. 338 CPC/2015), dando-se fim à rara figura existente no CPC/1973 da nomeação à autoria (art. 62 e ss. do CPC/1973); extingue-se a declaratória incidente, passando-se as questões prejudiciais a serem alcançadas pela coisa julgada independentemente de provocação da parte (art. 503 CPC/2015); faculta-se ao advogado – a bem da aceleração dos procedimentos – promover diretamente, pelo correio, a intimação do advogado da outra parte (art. 269, § 1º, do CPC/2015), algo que, apesar do avanço, ainda é pouco frente à experiência do direito comparado que permite, inclusive, a citação extrajudicial da parte; reduz-se o prazo em quádruplo da Fazenda Pública (art. 188 do CPC/1973) para o dobro – diminuição compensada pela nova regra de que na contagem dos prazos só se contarão os dias úteis (art. 219 do CPC/2015) –, com duvidoso ganho na celeridade processual (art. 183 do CPC/2015); condiciona-se, na esteira do que já semelhantemente ocorre no processo do trabalho, a oitiva das testemunhas arroladas ao comparecimento espontâneo ou à prévia a intimação extrajudicial (art. 455 e §§ do CPC/2015); extingue-se a audiência preliminar do atual art. 331 do CPC/1973, obviamente compensada pela audiência inaugural de conciliação, admitindo-se, todavia, a designação de audiência para fins de saneamento compartilhado em casos de maior complexidade (art. 357, § 3º, CPC/2015); permite-se a realização de perícias extrajudiciais em determinadas hipóteses (art. 472 do CPC/2015); entre tantas outras pequenas inovações com grande impacto no procedimento processual, especialmente no tempo.

É de se lamentar, apenas, que haja no Novo CPC regra a determinar o julgamento dos processos por ordem cronológica de conclusão (art. 12 do CPC/2015). Apesar das inúmeras exceções legais constantes do próprio dispositivo (§ 2º) – as quais nunca serão suficientes frente à riqueza das situações do foro –, fato é que todos os ganhos procedimentais havidos com a simplificação formal e ritual dantes alinhavados podem ser perdidos quando se determina que processos mais simples tenham que ficar na fila aguardando o julgamento de casos mais complexos. Fico eu a pensar um caso de simples alvará para liberação de valores salariais deixados por pessoa morta, que aguardará dias ou meses o julgamento de um inventário mais complexo, ou talvez de uma ação de improbidade administrativa de 16 volumes. Regra sem nexo e sem lógica, que depõe contra o princípio insculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF (GAJARDONI, 2014).

É lamentável, também, a supressão da boa regra que havia nos artigos 296 e 325, parágrafo único, do projeto do Senado,

no sentido de que, para todas as causas não regidas por *procedimento especial*, a petição inicial e a contestação (art. 325, parágrafo único, do projeto originariamente votado no Senado) já devessem vir acompanhadas com o rol de testemunhas não superior a 05 (cinco). Acabou ficando na lei a regra de que o rol deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias a partir do saneamento (art. 357, § 4º, do CPC/2015). A utilização da regra do atual procedimento sumário (arts. 276 e 278 CPC/1973) eliminaria uma etapa morta atualmente existente no procedimento ordinário (arrolamento de testemunhas – art. 407 do CPC/1973) e permitiria às partes, ainda na fase postulatória, se precaverem quanto à idoneidade das testemunhas para fins de futura contradita em audiência, algo que, efetivamente, potencializa a garantia constitucional da ampla defesa.

5.2 O fim dos procedimentos especiais cautelares

Conforme já postulávamos em sede acadêmica (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2010, p. 143), extinguiram-se os procedimentos cautelares típicos ou nominados (arts. 813 a 888 CPC/1973) – *não a tutela cautelar, como apressadamente têm apontado alguns* – adotando-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) para que a providência pleiteada seja deferida, seja qual for sua natureza (cautelar ou satisfativa). Ou seja, tutelas conservativas, sem exceção, são apreciadas e deferidas à luz do poder geral de cautela do juiz.

Deu-se, também, cabo à autonomia procedimental das cautelares incidentais – algo que já não mais fazia sentido após o advento do art. 273, § 7º, do CPC/1973 – conservando, apenas, o procedimento cautelar autônomo para as medidas cautelares antecedentes (art. 303 do CPC/2015).

Reorganizaram-se as tutelas sumárias – com enormes vantagens didáticas e procedimentais – dividindo-as nas modalidades de *tutela de urgência* (cautelar e satisfativa) – sempre fundada no *periculum in mora* – e *tutela da evidência* (art. 294 e ss. do CPC/2015).

Conforme exposição de motivos do anteprojeto, deixou-se

> clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do

> eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares. As tutelas de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência.

5.3 A extinção de inúmeros procedimentos especiais cognitivos

Com propriedade, muitos procedimentos especiais foram extintos pelo Novo CPC, vez que não havia mesmo razão lógica ou jurídica para que continuassem a existir, ainda mais quando no anteprojeto do Novo CPC se permitia – em disposição que, posteriormente, foi objeto de parcial alteração no substitutivo do Senado (art. 118, V) – ao juiz calibrar o procedimento conforme as particularidades da causa (*flexibilização procedimental*) (art. 107, V, do projeto originariamente votado no Senado).

De fato, conforme lançado na exposição de motivos do anteprojeto,

> já não se podia afirmar que a maior parte desses procedimentos era efetivamente especial, vez que as características que, no passado, serviram para lhes qualificar desse modo, após as inúmeras alterações promovidas pela atividade de reforma da legislação processual, deixaram de lhes ser exclusivas. Vários aspectos que, antes, somente se viam nos procedimentos ditos especiais, passaram, com o tempo, a se observar também no procedimento comum.

Deu-se fim à ação de anulação e substituição de títulos ao portador (arts. 907 e ss. CPC/1973). Primeiro, porque, como regra, a emissão de títulos ao portador não é admitida no sistema (Lei 8.021/1990 e art. 907 do CC/02). E segundo, porque já era plenamente possível a obtenção da posse do título ou sua anu-

lação e substituição através do procedimento comum, inclusive de modo liminar (art. 273 do CPC/1973 e art. 294 e ss. do CPC/2015). Assim, não havia mesmo nenhuma especialidade, seja do ponto de vista das partes, seja do ponto de vista do direito material, a justificar a manutenção desse procedimento especial no sistema.

O procedimento especial da ação de usucapião de imóveis (art. 941 e ss. CPC/1973) é extinto, com a criação do procedimento edital, como forma de comunicação dos atos processuais, por meio do qual se provocam todas as pessoas incertas a intervir na medida de seus interesses (art. 259 do CPC/2015). Não fazia sentido a manutenção do rito especial da usucapião, vez que após a fase de citação o feito passava mesmo a seguir o rito comum. A única particularidade mesmo era a citação dos confrontantes e dos terceiros interessados, algo devidamente suprido com o procedimento edital no CPC/2015. Com a mudança, todas as ações de usucapião, inclusive as regidas por lei própria (art. 14 da Lei 10.257/2001), passarão a ter o rito comum, vez que extintos os ritos especial e sumário do CPC/1973.

Manteve-se no Novo CPC a ação de exigir contas (art. 915 CPC/1973 e art. 550 do CPC/2015), que devido ao procedimento bifásico demanda mesmo um procedimento diverso do comum. Foi extinta, entretanto, a ação de dar contas, com regência atual pelo art. 916 do CPC. A opção foi desacertada. Era conveniente a manutenção da natureza dúplice da ação de dar contas, com possibilidade de declaração de saldo credor a favor da parte demandada independentemente de pedido. Como não mais haverá regência especial da medida, a natureza dúplice do procedimento de dar contas pode restar comprometida pela impossibilidade de aplicação do art. 552 do CPC/2015 (atual art. 918 do CPC/1973), o que é preocupante. Melhor que se tivesse mantido junto aos procedimentos especiais tal medida.

5.4 A manutenção, realocação e inserção de novos procedimentos especiais cognitivos

Por outro lado, foram mantidos no Novo CPC os procedimentos especiais mais úteis e que, em razão de particularidades relacionadas às partes ou ao direito debatido, ou mesmo da incompatibilidade lógica de serem tutelados pelo procedimento comum (procedimentos especiais infungíveis), mereciam mesmo uma tutela procedimental diferenciada: a ação de consignação em pagamento, a ação de prestação de contas, a ação de divisão e demarcação de terras particulares, inventário e partilha,

embargos de terceiro, habilitação, restauração de autos, homologação de penhor legal e ações possessórias.

O Novo CPC, adequadamente, realocou os procedimentos especiais que sobejaram no livro que trata do processo de conhecimento (livro I da parte especial), já que, apesar de possuírem certa carga cautelar e executiva, indubitavelmente, têm preponderante carga cognitiva. Corrige-se, com isso, uma grave falha do CPC/1973, que criara um livro autônomo para o tratamento dos procedimentos especiais (livro IV), como se fossem processos especiais distintos do processo de conhecimento.

Não houve, de um modo geral, alterações impactantes nos procedimentos especiais preservados, mas apenas mudanças pontuais. A destacar, apenas, o procedimento especial de dissolução parcial de sociedade – que no modelo ainda vigente segue as regras do CPC/39 (art. 1218, VII, CPC/1973 c.c. 655 e ss. do CPC/39) –, o qual foi completamente aperfeiçoado e reinserido entre os procedimentos especiais constantes da legislação que, doravante, se verá em vigor (art. 599 e ss. CPC/2015).

Transferiu-se a disciplina da oposição (art. 56 e ss. do CPC/1973) para junto dos procedimentos especiais (art. 682 e ss. CPC/2015), mudança de duvidosa utilidade prática ou teórica, especialmente porque desprovida de qualquer alteração nas regras gerais.

Perdeu-se uma fantástica oportunidade de simplificar o procedimento do inventário/arrolamento (art. 982 e ss. do CPC/1973 e art. 610 e ss. do CPC/2015), certamente um dos mais lentos, burocráticos e dispendiosos procedimentos em curso no Judiciário brasileiro. Poderia o código projetado ter ousado um pouco mais e extrajudicializado, de vez, o procedimento do arrolamento, tornando *obrigatória* a sua realização na esfera extrajudicial.

Inseriu-se no Novo CPC, todavia, um capítulo próprio para disciplinar – de modo bem genérico, diga-se – o processamento das ações de família (693 do CPC/2015), basicamente para incentivar a prática da conciliação/mediação, inclusive determinando que o réu seja citado sem cópia da inicial (o que torna o dispositivo um dos primeiros a ser objeto de possível afirmação de inconstitucionalidade).

5.5 A ressurreição (nova roupagem) de alguns procedimentos especiais

5.5.1 Ação de depósito

Desde que o STF declarou a inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, o contrato e a ação de depósito (art. 627 e ss. do CC/2002) perderam seu prestígio. Sem a possibilida-

de de ser cominada a prisão para aquele que não deposita, no prazo legal, a coisa ou o seu equivalente em dinheiro, o manejo da ação de depósito do CPC/1973 (art. 901 e ss.) foi substituído pelo da execução do contrato (título extrajudicial). Como a ação de depósito, sem a possibilidade de prisão do depósito infiel, costuma não alcançar a tutela específica desejada (entrega da coisa), a execução direta do valor do bem depositado e perdido acaba por abreviar a eventual (e improvável) obtenção das perdas e danos, tornando desnecessária a própria previsão da ação de depósito – ao menos tal como regulada atualmente – entre os procedimentos especiais do CPC.

Boa parte dessa ineficácia da ação de depósito no pós-súmula vinculante nº 25 se deve à inexistência, no CPC/1973, de dispositivo que permita ao juiz a rápida apreensão do bem depositado, antes do julgamento da ação de depósito. Não há, como há no DL 911/69 (busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente) e no art. 1.071 do CPC/1973 (busca e apreensão de bens vendidos com reserva de domínio), permissão legal para a tutela imediata da evidência do inadimplemento, autorizando que, antes da citação do depositário e independentemente do risco de desvio ou destruição da coisa depositada (periculum in mora), se determine a sua imediata busca e apreensão e a entrega nas mãos do credor/depositante. Para que isso ocorra no regime do CPC/1973, é indispensável que o depositante comprove o risco de desvio ou destruição da coisa depositada, na forma do art. 273, I, do CPC/1973 (tutela antecipada de urgência).

Essa diferenciação de tratamento entre credores resguardados pela garantia fiduciária ou reserva de domínio e outros credores de obrigações de entrega nunca convenceu. Em que pese a diferença material entre as situações, não há diferença, do ponto de vista lógico, entre quem aliena fiduciariamente bem em garantia ou com reserva de domínio e aquele que recebe coisa em depósito: todos têm a obrigação legal de entrega no caso de inadimplemento do financiamento ou do contrato de depósito. Não há justificativa jurídica, portanto, para que o processo seja eficiente e funcional para alguns credores de obrigação de entrega (geralmente instituições financeiras) e não seja para outros.

O Novo CPC, corretamente, suprime o ineficaz procedimento especial da ação de depósito (art. 901 e ss. CPC/1973), amputado que já estava da prisão pela infidelidade do depósito (súmula vinculante nº 25). Mas, paradoxalmente, faz renascer como a Fênix, mais forte, a ação de depósito, agora pelo rito comum.

Estabelece o art. 311, III, do CPC/2015 que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito. Nesses casos, será decretada, liminarmente, a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

O dispositivo recupera o prestígio do depósito. Dota-se a tutela processual do depositante de maior eficácia, através de instrumento processual bastante hábil, equivalente à busca e apreensão do DL 911/69 ou do art. 1.071 do CPC/1973. Desde que haja prova documental do contrato de depósito (a prova literal referida no art. 902 do CPC/1973), possibilita-se a imediata retomada da coisa. E, indo até mais além do que o DL 911/69, se estabelece que a ordem de entrega do bem (busca e apreensão) se dará, inclusive, sob a cominação de multa (astreinte).

Tem-se aqui – como já se tinha na busca e apreensão do DL 911/69 e no art. 1.071 do CPC/1973 – típico caso de tutela da evidência (ou do direito provável), a dispensar qualquer perquirição sobre risco de desvio ou destruição da coisa pelo depositário. O direito se mostra tão evidente ante a prova do depósito que, pela lógica do sistema, não faz sentido privar o autor de tutela imediata (embora ainda dependente de confirmação na sentença final). Com a ordem liminar de busca e apreensão do bem, distribui-se de modo mais justo o tempo do processo, fazendo com que aquele que aparenta não ter razão (o depositário infiel) acabe por suportá-lo.

Trata-se de excelente inovação do Novo CPC. Ressuscita-se a ação de depósito em nova roupagem, fora dos procedimentos especiais, e permite-se que, doravante, as partes contratem o depósito cientes de que, em caso de descumprimento da obrigação de entrega, há uma resposta imediata do sistema processual para o inadimplemento.

5.5.2 Ação monitória

A ação monitória, incorporada ao Código de Processo Civil vigente no ano de 1995 (lá se vão quase 20 anos), não produziu os efeitos esperados, sendo que sequer, com o devido e merecido respeito, fez jus a toda a produção doutrinária e jurisprudencial ao seu derredor.

O insucesso da ação monitória é tributável a diversos fatores: a) à nossa cultura de litigiosidade, que não tem a isenção das custas e honorários como indutor suficiente ao cumprimento espontâ-

neo da obrigação (artigo 1.102-C, § 1º, do CPC/1973); b) à possibilidade de uma moratória pela via judicial, decorrente da própria demora no processamento e na decisão dos embargos ao mandado monitório; c) ao fato de que a sentença dos embargos à ação monitória, tal qual modelada pelo CPC/1973, desafia recurso de apelação dotado de efeito suspensivo (art. 520 do CPC/1973); e d) à possiblidade de apresentação, para os casos de conversão *ex vi legis* do mandado monitório em título executivo judicial (art. 1.102-C do CPC/1973), dos embargos pelo devedor sem limitação do âmbito de cognição (tal como se se tratasse de execução de título executivo extrajudicial) (OLIVEIRA JR.; GAJARDONI, 2015).

Em nossa experiência, sem pretensão de universalizar a percepção, a fracassada ação monitória do CPC/1973 obstaculiza a efetiva satisfação do direito, inclusive pelas diferentes e variadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que o procedimento suscita. Uma breve pesquisa no site do STJ com o tema "ação monitória" apontará milhares de julgados relacionados ao instituto (alguns de somenos importância prática).

No novo Código, a ação monitória quase ficou pelas beiradas. Ela foi suprimida em várias fases do trâmite legislativo e só na fase final do tramitar tornou ao texto legal.

Não havíamos ficado ressentidos com a eliminação da ação monitória nas versões iniciais do Novo CPC, tampouco entusiasmados com seu reingresso, ainda que: a) aumentado seu escopo para abranger todo e qualquer tipo de obrigação; e b) admitida a possibilidade de a prova escrita ser constituída por prova oral produzida antecipadamente (artigo 700, § 1º, do CPC/2015).

Nada obstante, o desalento inicial com a ação monitória foi superado pelo conjunto da obra, isto é, pelas potencialidades da técnica frente ao processo comum estruturado no texto aprovado do Novo CPC.

Sem saber ao certo se as alterações implementadas foram voluntariosas, ao fim e ao cabo das discussões legislativas, a nova ação monitória, na perspectiva do credor, passou a apresentar duas vantagens sobre o procedimento comum: a) um atalho ritual; e b) a produção de sentença dotada de eficácia imediata.

Na nova ação monitória, diferente do procedimento comum, o réu já é citado para pagamento, com a possibilidade de oposição dos embargos monitórios (artigos 701 e 702 do CPC/2015), sem que se realize a audiência prévia de conciliação (artigo 334 do CPC/2015), esta que protrai, ainda adiante, o momento para apresentação de defesa (artigo 335 do CPC/2015).

Logo, o credor pode utilizar da ação monitória para abreviar o procedimento de cobrança dos seus créditos.

Demais disso, e com resultado prático muito mais relevante, a ação monitória resultará em provimento jurisdicional imediatamente eficaz, não submetido ao efeito suspensivo automático da apelação (*ope legis*).

Durante a tramitação do Novo CPC, muito se discutiu a respeito de se tornar as sentenças imediatamente eficazes, passíveis de serem coarctadas somente por decisão do órgão recursal (efeito suspensivo *ope iudicis*).

Porém – infelizmente –, prevaleceu a perversa lógica atual do sistema (art. 520 do CPC/1973), como retratado no artigo 1.012 do CPC/2015, conquanto tal dispositivo expresse a possibilidade de a sentença produzir imediatamente seus efeitos nas "hipóteses previstas em lei" (artigo 1.012, § 1º).

Ocorre que o artigo 702, § 4º, do Novo CPC, diferentemente do atual artigo 1.102-C do CPC/1973, determina que os embargos monitórios somente suspendem a ação monitória até o julgamento de primeiro grau, de modo que, rejeitados os embargos monitórios, também por aplicação do § 8º do artigo 702 do Novo CPC, o título executivo judicial resta formado, prosseguindo-se imediatamente o cumprimento de sentença, com a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo pelo órgão *ad quem* (artigo 1.012, § 3º).

A apelação, consequentemente, não será dotada de efeito suspensivo automático e, raciocínio diverso, com as vênias de estilo, erigiria uma manifesta contradição no novo sistema processual.

Posta assim a questão, a ação monitória do Novo CPC apresenta-se como técnica processual diferenciada de inegável valor, tanto por abreviar seu rito, quanto, e principalmente, por não ficar automaticamente suspensa pelo início da fase recursal. Talvez agora possa ela justificar parte das expectativas que animaram sua incorporação no ordenamento pátrio em 1995.

6 Flexibilização e déficit procedimental no Novo CPC

A mais interessante (e polêmica) proposta procedimental apresentada pela Comissão responsável pela elaboração do Novo CPC, entretanto, tinha a ver com a expressa adoção, em nosso sistema, do *princípio da adequação formal*, ou, como temos preferido, do princípio (ou padrão) da *flexibilização* (judicial) *do procedimento* (GAJARDONI, 2007).

De fato, conforme letra do art. 107, V, do anteprojeto original do Novo CPC, elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições

da lei, incumbindo-lhe "adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa".

Tal norma ainda era complementada pela redação do art. 151, § 1º, do anteprojeto, a dispor que "quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste".

Se por um lado aplaudiu-se a norma proposta sob o fundamento de que, com isso, os procedimentos passariam a ser adequados às particularidades subjetivas e objetivas do conflito (e não o contrário) – inclusive tornando desnecessária a previsão exaustiva e dilargada de procedimentos especiais (linha, aliás, seguida pelo Novo CPC) –, por outro se encontrou forte crítica (e resistência) da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento; com o risco de que, operacionalizada a flexibilização, fosse perdido o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde a descoberta do país, do modelo da rigidez formal.

6.1 Procedimento rígido como regra de ordem pública

Diz a doutrina corrente que as normas de direito processual, como regra, são de ordem pública e cogentes, especialmente se tratantes de forma ou de prazos, sendo a dispositividade a mais absoluta exceção (MIRANDA, 1958, p. 50/51).

E assim é porque o procedimento, no direito processual eminentemente publicístico como o atual, atende, sobretudo, a interesses públicos. Não foi instituído, como regra, para favorecer ou para beneficiar as partes, tampouco para contemplar a comodidade de alguma delas. O interesse envolvido na criação de procedimentos, especialmente de cunho sumário ou especial, parece, sobretudo, atender a um reclamo estatal em extrair da função jurisdicional, do trabalho jurisdicional mesmo, um rendimento maior. Portanto, o procedimento ou o rito não é objeto possível de convenção das partes, de transigência ou de renúncia delas, mesmo que ambas e também o juiz estejam completamente concordes quanto a isso (PASSOS, 1983, p. 31).

Decorre daí não haver como a parte ou juiz, conforme sua conveniência pessoal, dispor de um rito, de um procedimento, que não foi criado para eles, mas sim para a atuação de uma

função soberana do Estado. Esse é o modelo seguido pelo CPC/1973 vigente.

6.2 Procedimento rígido como fator de segurança e previsibilidade do sistema

Desde Montesquieu (1973, p. 29) já se ouve referência de que "as formalidades da justiça são necessárias à liberdade", pois, sem elas, não há como se controlar a atividade judicial, evitar o arbítrio e tampouco se permitir um processo com julgamento justo.

Por isso, o legislador, no intuito de dar ordem, clareza, precisão e segurança de resultados às atividades processuais, bem como de salvaguardar os direitos das muitas pessoas interessadas nelas, alçou algumas exigências técnicas a regras legais e subordinou a eficácia dos atos processuais à observância dos requisitos de forma (LIEBMAN, 1985, p. 225).

Entre as funções desse formalismo nominado procedimento, estaria emprestar previsibilidade ao processo e disciplinar o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado (OLIVEIRA, 1997, p. 6/7).

Tais regras procedimentais, para cumprirem seu papel eminentemente garantista – ao menos de acordo com a doutrina dominante –, devem ser rígidas, pois a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes, além de risco à celeridade.

Por isso, os atos processuais que compõem o rito processual, de acordo com referida parte da doutrina, devem estar previstos expressamente em lei, pois a previsibilidade e a anterioridade do procedimento são o que confere à decisão judicial os penhores de legalidade e legitimidade, sendo dele requisitos inafastáveis (DINAMARCO, 1996, p. 127).

6.3 Flexibilizando a rigidez do procedimento sem perder a previsibilidade e segurança do sistema

O desenvolvimento dos atos processuais não é livre e espontâneo, senão regrado e organizado em preceitos predeterminados. São as normas de procedimento as que submetem a disciplina do processo, sinalizando os preceitos a utilizar, estabelecendo a ordem das atuações, medindo em unidades de tem-

po sua direção. Todas essas regras são técnicas, quer dizer, vêm concebidas em função de sua utilidade para o processo.

Exatamente por isso "a experiência aconselha mudá-las quando sua utilização torna estéril e dissipa os fins do processo" (MENDES, 1986, p. 340). Sendo as regras de procedimento preestabelecidas como garantia, essas normas não podem substantivar-se, quer dizer, converter-se em fim próprio por si mesmas. Isso conduz ao formalismo, defeito que deve ser firmemente rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio.

Ocorre que, pela índole do nosso sistema procedimental rígido, as normas do procedimento, ***como regra***, só podem ser adaptadas à adequada tutela do direito material ***por força de disposição legal***, cujo processo legislativo demanda espera incompatível com a ânsia pela tutela adequada.

Isso porque a relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez do procedimento são sinônimos de previsibilidade e de segurança jurídica, sem o que haveria margem para o arbítrio.

Todavia, partindo do pressuposto de que a segurança jurídica reside na previsibilidade das ações futuras e de suas consequências, é possível ser evitado o arbítrio independentemente de as regras procedimentais estarem estabelecidas em norma cogente e pretérita.

Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, *basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo*, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham (GAJARDONI, 2007, p. 85).

Ou seja, sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório útil, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível.

O estabelecimento de regras procedimentais por lei genérica impede as adequações rituais conforme o direito material a ser objeto de tutela. Isso ocasiona (como no nosso sistema até então vigente) a proliferação de dezenas de procedimentos especiais, também incapazes de se adaptarem às circunstâncias do litígio em si, pois, em uma sociedade moderna, os conflitos pululam em uma velocidade não acompanhada simultaneamente por alterações legislativas e implementação de ritos especiais.

Esse é o motivo pelo qual a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que são oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não a formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos.

Não se nega que certo rigor formal é a espinha dorsal do processo e que este seria impensável sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos. *O que não parece certo é vincular a fonte de emissão dessas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, consequentemente segurança aos contendores*, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual (BEDAQUE, 2005, p. 41, 67, 104/108).

O juiz, investido por critérios estabelecidos na Constituição Federal, é também agente político do Estado, portador de seu poder, inexistindo, portanto, razão para enclausurá-lo em cubículos formais dos procedimentos, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa (DINAMARCO, 1996, p. 129).

Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade, pelo contraditório obrigatório e pela motivação, o que deveria ocorrer, inclusive, no âmbito recursal (em que pese a previsão do CPC projetada da irrecorribilidade das interlocutórias).

6.4 Flexibilização procedimental e condicionamentos

A regra da flexibilização é utilizada apenas em caráter subsidiário. Não havendo nuance a justificar a implementação de alguma variação procedimental, o processo deverá necessariamente seguir o rito fixado em lei, mantendo, assim, a previsibilidade e a segurança que se esperam do procedimento processual.

Por isso, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual, ainda que, **criticavelmente**, não tenha o anteprojeto da comissão de juristas disciplinado isso. Do contrário, as partes e o juiz não saberão para onde o processo vai e nem quando ele vai acabar.

Além da excepcionalidade, três são os condicionamentos para que se operacionalize a flexibilização (GAJARDONI, 2007, p. 88/95):

a) ***Finalidade***. Três situações mais específicas autorizarão a variação. (1) A primeira delas – a mais comum – está ligada ao

direito material: toda vez que o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, é possível a variação ritual. É o que ocorre com ampliação de prazos rigidamente fixados em lei para garantir a defesa, com a ampliação da fungibilidade de meios em favor da tutela dos direitos, entre outras situações práticas. (2) A segunda está relacionada com a higidez e utilidade dos procedimentos, isto é, com a possibilidade de dispensa de alguns empecilhos formais irrelevantes para a composição do *iter* dos processos, que de todo modo atingirá seu escopo sem prejuízo das partes. Com efeito, o juiz, no caso concreto, deverá verificar a idoneidade da exigência formal, desprezando-a caso não haja lógica para a imposição legal havida por mero culto à forma. Exemplificativamente, é o que se dá com a inversão da ordem de produção de provas (art. 452 do CPC). A precedência do exame pericial à colheita da prova oral, além de gerar a realização de dispendiosa perícia para aferição do dano em momento anterior à comprovação do próprio dever de indenizar, não se justifica do ponto de vista finalístico, já que não há razão lógica para essa precedência. Ouvir o perito na mesma audiência em que se ouvirão as partes e as testemunhas é tecnocracia incompatível com a possibilidade de ser designado posteriormente novo ato para essa finalidade. (3) Finalmente, a terceira situação que autoriza a variação ritual tem relação com a condição da parte. Nada impede que o juiz, a bem da proteção do hipossuficiente e equilíbrio dos contendores, altere o procedimento para a composição de uma igualdade processual e material consoante aos valores constitucionais. É o que ocorre com a superação de regras rígidas de preclusão em favor do necessitado cuja defesa técnica e gratuita não seja adequada. Ou que o juiz, a vista do requerimento conjunto e consensual dos litigantes, permita a variação do procedimento, *v.g.*, autorizando a ampliação de prazo rigidamente estabelecido em lei;

b) ***Contraditório útil***. O princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir nas decisões judiciais, mas faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e dos provimentos judiciais, seja através de manifestação prévia, seja pela ampla possibilidade de recorrer das decisões que alteram o procedimento. Logo, se não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no *iter* estabelecido legalmente depende da plena participação delas (preventiva ou repressivamente), até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis. E isso só será possível se o julgador propiciar às partes efetiva

oportunidade para se manifestarem sobre a inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação dessa decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades. Portanto, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, inserção ou exclusão de atos processuais abstratamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida que escape do padrão legal, é indispensável a realização de contraditório, preferencialmente preventivo, desde que útil aos fins colimados pela variação ritual, garantindo-se sempre aos litigantes o pleno exercício do feixe de garantias advindas do devido processo constitucional (contraditório, ampla defesa etc.);

c) **Motivação**. Derradeiramente, o último requisito para a implementação das variações rituais é a necessidade de fundamentação da decisão que altera o *iter* legal, condição esta que não diverge, por força de disposição constitucional (art. 93, IX, da CF), da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial. Trata-se de imposição de ordem política e afeta muito mais ao controle dos desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais inferiores na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou à segurança do sistema. É na análise da fundamentação que se afere em concreto a imparcialidade do juiz, a correção e justiça dos próprios procedimentos e decisões neles proferidas.

6.5 A mitigação da regra de flexibilização procedimental pelo juiz e a flexibilização procedimental voluntária no Novo CPC

Quando divulgado o texto do anteprojeto do Novo CPC pela comissão de juristas responsável pela sua elaboração, a comunidade jurídica, em especial os advogados, viu com extremo receio e desconfiança os dispositivos que permitiam a flexibilização judicial do procedimento (art. 107, V e 151, § 1º, do anteprojeto do Novo CPC). Dizia, como já tivemos oportunidade de afirmar, que, com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento, haveria risco de que, operacionalizada a flexibilização, fosse perdido o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação do modelo da rigidez formal.

Esse receio, contudo – não temos dúvida alguma em afirmar – se deveu a três fatores. Primeiro, ao *absoluto desconheci-*

mento dos críticos do alcance da regra da flexibilização procedimental (princípio da adequação formal) – inclusive no âmbito do direito comparado (art. 6º de 547 do vigente CPC/Português) – e dos condicionamentos para sua aplicação. Segundo, à *má compreensão do espírito do Novo CPC*, no sentido de extinguir modelos procedimentais (sumário e especial) exatamente porque estaria permitida a calibração do rito no caso concreto. E, terceiro, à *precária redação dos dispositivos* que trataram do tema no texto do anteprojeto do Novo CPC da comissão de juristas, os quais autorizaram a flexibilização através de cláusulas *extremamente* abertas; que não condicionavam a adequação formal a requisitos mínimos que pudessem garantir a previsibilidade e a segurança das partes; e que não acalentavam o espírito daqueles que – com certa razão frente ao texto projetado – se rebelaram contra a inovação proposta.

Exatamente por conta desses fatores, e em busca de um consenso político necessário frente ao curto tempo de tramitação do anteprojeto e dos pouquíssimos debates que se fizeram à luz do texto da comissão de juristas, o senador Valter Pereira, no relatório do substitutivo ofertado pelo Senado, vaticinou (grifos nossos):

> os dois pontos do projeto mais criticados nas audiências públicas que se realizaram, bem como nas propostas apresentadas pelos Senadores e também pelas diversas manifestações que nos chegaram, são a 'flexibilização procedimental' (art. 107, V, e art. 151, §1º, do projeto) e a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido a qualquer tempo, de acordo com as regras do art. 314 do projeto. *Dando voz à ampla discussão instaurada por aqueles dispositivos, entendemos ser o caso de mitigar as novas regras. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental, nas condições que especifica, limita-se a duas hipóteses: o aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova*.

Consequentemente, a regra da *flexibilização procedimental* foi mitigada na versão do Novo CPC aprovada na 1ª votação do projeto no Senado e mantida nas demais fases do tramitar legislativo, passando o novo dispositivo tratante do tema (art. 139, VI, do CPC/2015) a admitir apenas duas hipóteses de adaptação do rito pelo juiz – ampliação de prazos e alteração da ordem de produção de provas – esta última, inclusive, sem sentido algum de constar do dispositivo, já que a autorização já está em outro dispositivo do projeto (art. 361 do CPC/2015).

Eis a redação do dispositivo aprovado: **Art. 139 da Lei 13.105/2015**. "*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito*".

Foi autorizado, por outro lado, que as partes promovam a adaptação ritual em escala bem mais ampla que o juiz (*flexibilização voluntária do procedimento*), posto que foi inserido, durante o tramitar do projeto na Câmara, disposição inovadora (mas de duvidoso alcance prático), no sentido de que "*versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa* e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo" (art. 190 do CPC/2015, grifos nossos).

Ou seja, embora a flexibilização do procedimento pelo juiz esteja autorizada em poucas hipóteses (ampliação de prazos e inversão da ordem de produção de provas), as partes têm autorização para, caso forem capazes e o direito em debate for autocomponível, negociarem o rito, ampliando ou diminuindo prazos, suprimindo ou inserindo atos processuais na série, adotando rito diverso do legal e abstratamente previsto etc.

Conclusão

Diante de todo o exposto, a conclusão esperada não podia ser outra senão a de que o saldo do Novo CPC no tocante à reformulação dos procedimentos é positivo: alguns avanços e aperfeiçoamentos para poucos retrocessos (*v.g.*, a regra da ordem cronológica de julgamento dos processos do art. 12 do CPC/2015). A única ressalva que se faz é a relativa à mitigação da regra da flexibilização procedimental (art. 139, VI, do CPC/2015). Afinal, a *flexibilização do procedimento* pelo juiz é regra conforme às garantias constitucionais do processo, sendo inovação elogiável e bastante razoável do ponto de vista da dogmática e da práxis processual. Deveria viger em plenitude no Brasil, conforme, aliás, ocorre nos sistemas processuais mais modernos (Alemanha e Portugal).

Referências

ARAGÃO, Egas Moniz de. Reforma processual: 10 anos. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez. 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização. 2005. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FIGUEIRA JR., Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **O novo CPC e o fim da gestão da justiça**. 22 dez. 2014. Disponível em: <http://jota.info/o-novo-cpc-e-o-fim-da-gestao-na-justica>. Acesso em 4 abr. 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. O gerenciamento do processo. *In*: GRIONVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo***:* revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18-42.

GUILLÉN, Victor Fairén. **El juidicio ordinário e los plenários rápidos**. Barcelona: Bosch, 1953.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Francisco Ramoz. **Derecho procesal civil**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1986.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil** (1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. 1.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A ressurreição da ação monitória**. 2 fev. 2015. Disponível em: <http://jota.info/ressureicao-da-acao-monitoria-novo-cpc>. Acesso em: 9 abr. 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 3.

Os precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil

Antonio Carlos Marcato
Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESUMO

O presente artigo resgata a história dos precedentes judiciais no Brasil e ressalta a dupla função desempenhada pela decisão judicial, pois define a controvérsia instaurada entre as partes e também tem valor de precedente, de sorte que um princípio de direito, deduzido por meio de uma decisão judicial, deverá ser considerado e aplicado, no futuro, a casos semelhantes.

Palavras-chave: Processo Civil. Julgamento. Jurisprudência. Precedentes judiciais.

ABSTRACT

This article recalls the history of judicial precedent in Brazil and highlights the dual role played by judicial decision because it defines the established dispute between the parts and also has value as a precedent, so as a principle of law, deduced by a court decision, must be considered and applied in future similar cases.

Keywords: Civil Procedure. Trial. Jurisprudence. Judicial precedents.

1. No sistema da *common law*, principalmente em suas origens inglesas, o desenvolvimento do direito resultou da influência direta do jurista prático – ou seja, do juiz – e evoluiu nas linhas de um método experimental: por meio de gradual processo de tentativa e erro de um caso para outro, buscou-se formular uma doutrina que expressasse o direito regente em cada situação da vida, sendo certo que só recentemente surgiu a tendência de sistematizar e generalizar o material dessa forma desenvolvido.

Desse esforço surgiu a *doutrina do precedente* (ou do *stare decisis*), ao estabelecer que decisões de casos anteriores, que mantenham estreita semelhança com novos casos, devem ser repetidas no julgamento destes últimos.

A decisão judicial desempenha, portanto, dupla função: define a controvérsia instaurada entre as partes e também tem valor de precedente, de sorte que um princípio de direito, deduzido por meio de uma decisão judicial, deverá ser considerado e aplicado, no futuro, a casos semelhantes.

Nessa medida, em princípio o precedente jurisprudencial atua não como fonte de produção de direito, mas, antes, como instrumento de auxílio na busca da "*correta determinação do cânone legal aplicável ao caso concreto*". Pode influenciar a motivação da decisão judicial, pois, inexistindo argumentos sérios e consistentes contra uma determinada orientação jurisprudencial, adere-se a ela, ou seja, *in dubio* decide-se de acordo com um precedente, segundo o princípio da *presunção a favor do precedente.* Até porque, convém lembrar, a circunstância de o órgão judicial de grau inferior desprezar precedentes essenciais de outro de grau superior representará motivo para a revisão de seu julgamento.

2. Apesar de entre nós prevalecer o sistema jurídico da *civil law*, ou romano-germânico, a influência da técnica de julgamento com base em precedentes judiciais já era sentida na primeira Constituição Republicana.

A Constituição do Império, de 1824, criou o "Supremo Tribunal de Justiça", mas este não era órgão diverso de uma corte de cassação, pois não ocupava a posição de centro diretivo de um poder autônomo e independente. Aquela Corte do Império foi transformada no Supremo Tribunal Federal pelo Dec. nº 848, de 11 de outubro de 1890, e começou a funcionar em 28 de fevereiro de 1891.

Nossa então Suprema Corte não era posta em um sistema de direito costumeiro, *common law*, mas em outro, de tradição romano-germânica, no qual a fonte por excelência do Direito eram as normas gerais e abstratas aprovadas pelo Poder Legislativo (e Executivo). Não se inseria em um federalismo lastreado na primazia de normas estaduais e na excepcionalidade das normas federais, mas exatamente no contrário. E não tinha a legitimação, haurida em longo processo histórico, que permitiu ao paradigma norte-americano exercer, de fato, o arbitramento entre os outros poderes.

Curiosamente, no entanto, em questão de enorme importância para esse arbitramento, aquela Constituição era clara e expressa onde a norte-americana era silente: tratava-se da possibilidade do controle de constitucionalidade de leis. Mas, vale o registro, se o então nosso Supremo Tribunal Federal tinha direta e expressa legitimação constitucional para examinar

invalidações de leis por inconstitucionalidade (e, portanto, confirmá-las ou infirmá-las), estava desprovido de algumas importantíssimas características do sistema norte-americano. A primeira era a de criar um precedente obrigatório, que deveria ser seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário (*stare decisis*). A segunda, a de escolher discricionariamente os casos que haveria de julgar.

As decisões daquela Corte Federal valiam apenas como forma de resolução da controvérsia indicada no processo no qual houve o recurso, sem que esse precedente se tornasse obrigatório quando idêntico caso, com outras partes, fosse levado ao Judiciário.

Ao reorganizar a Justiça do Distrito Federal, o Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923, criou o mecanismo do prejulgado, pelo qual os juízes da respectiva Corte de Apelação deveriam, em julgamento plenário, decidir sobre questão jurídica controvertida no âmbito de seus órgãos fracionários. Com a Reforma Constitucional de 1926, extinguiu-se aquele mecanismo, com a alteração da redação da alínea *a* do art. 59, § 1º, da Constituição e acréscimo de duas alíneas prevendo o recurso extraordinário, respectivamente, quando houvesse divergência de interpretação de lei federal por dois ou mais tribunais locais e quando se tratasse de questões de direito criminal ou civil internacional. Posteriormente a Lei nº 319, de 1936, revigorou e aperfeiçoou essa técnica processual, prevendo sua aplicação em todas as cortes de apelação do país.

Em vigor a partir de 1º de março de 1940, em seus arts. 853 a 861 o primeiro Código de Processo Civil nacional previa o recurso de revista, destinado às câmaras civis reunidas, tendo por objetivo afastar divergência, instalada entre duas ou mais câmaras ou turmas, entre elas, de interpretação do direito em tese – sem que a interpretação ao final obtida influísse, contudo, no julgamento de futuros recursos, ou seja, em relação a estes o resultado da revista poderia até eventualmente atuar como precedente persuasivo, mas não vinculativo.

Por sua vez, o Código de Processo Civil ora em vigor adotou o mecanismo da uniformização de jurisprudência, incidente processual destinado, como se extrai do art. 476, a dirimir divergência acerca da adequada interpretação do direito, ou seja, a harmonizar a interpretação de teses jurídicas, se e quando existente, no mesmo tribunal, divergência interpretativa entre seus órgãos colegiados.

3. O movimento decisivo, no sentido de conferir-se eficácia (ainda que apenas persuasiva) a precedentes jurisprudenciais, ocorreu em 1963, com a atribuição, pelo Regimento Interno do

Supremo Tribunal Federal, de competência ao relator para determinar o arquivamento de recurso extraordinário ou de agravo de instrumento interposto da decisão denegatória de seu processamento, sempre que essa sua decisão pudesse vir fundada em matéria já sumulada pela Corte.

No final do ano anterior haviam sido aprovadas centenas de enunciados, inclusos na "Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal", instrumento que nasceu de proposta do ministro Victor Nunes Leal e tornou a atividade da Corte mais dinâmica. Enquanto método de trabalho, dispensava os ministros da repetição dos fundamentos nos julgamentos de processos versando sobre idêntica matéria; enquanto método de divulgação da jurisprudência oficial do Tribunal, permitia aos interessados conhecer, de imediato, a orientação dominante na Corte sobre as matérias sumuladas.

Desprovidas de eficácia normativa em sentido estrito, as súmulas (persuasivas) passaram a ter efeitos de natureza processual, ampliando o poder decisório dos relatores ao permitir-lhes julgar monocraticamente recurso relacionado a matéria jurídica já objeto de súmula ou de orientação predominante nos tribunais.

A EC nº 7, de 1977, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar a representação para interpretação de lei ou de ato normativo federal ou estadual (Art. 119, I, *l*), com o correspondente poder de impor a interpretação assim alcançada. Isso porque, regimentalmente conferiu-se às decisões interpretativas daquela Corte de Justiça força vinculante para todos os efeitos e *erga omnes*, de sorte que eventual divergência interpretativa instaurada por outro órgão judicial acerca do mesmo texto legal ou normativo ficava sujeita a recurso extraordinário, por negativa de vigência de lei (EC nº 1/1969, art. 119, III, *a*), ou, se fosse o caso, a ação rescisória, por violação a literal disposição de lei. Embora esse mecanismo interpretativo fosse voltado, nos termos do dispositivo que o criou, à interpretação de lei ou de ato normativo federal ou estadual (*rectius*: normas infraconstitucionais), frequentemente o Supremo Tribunal Federal socorria-se do texto constitucional para moldar a interpretação da lei ou ato em exame, valendo-se, para tanto, da técnica da *interpretação conforme a Constituição* (LEAL, 1964, p. 136-137).

Editada em 1998, a Lei nº 9.756 ampliou ainda mais os poderes dos relatores nos Tribunais Superiores – e, igualmente, nos ordinários –, com o inequívoco objetivo de influir sistematicamente na redução da carga de trabalho desses tribunais, medi-

ante a atribuição, aos relatores, de competência para julgarem monocraticamente os recursos que lhes são distribuídos, valendo-se, para tanto, de precedentes jurisprudenciais.

Criado o Superior Tribunal de Justiça, em 1990 é editada a Lei nº 8.038, que, além de ratificar no plano legal os poderes conferidos regimentalmente ao relator do recurso extraordinário, também estendeu o mesmo tratamento ao recurso especial. E, como já registrado, a Lei nº 9.756, de 1998, ampliou o poder decisório do relator, autorizado a decidir monocraticamente com amparo em precedentes jurisprudenciais (CPC, arts. 120, parágrafo único, 481, parágrafo único, 544 e 557 e §§).

Em 2001, a Lei nº 10.352 acrescentou terceiro parágrafo ao art. 475 do Código de Processo Civil, que, coerente com a valorização dos precedentes dos tribunais superiores, afastou o denominado *recurso de ofício* de sentença desfavorável ao Poder Público, sempre que fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Como já salientado, a EC nº 7/1977 atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar a representação para interpretação de lei ou de ato normativo federal ou estadual, sendo certo que, ao disciplinar seu processamento, o Regimento Interno da Corte dispunha que a decisão nela proferida seria dotada de efeito vinculante (art. 187); e, como se consagrava, na época, o entendimento no sentido de que as decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle abstrato de normas não seriam submetidas ao Senado Federal, também prevaleceu o entendimento de que as decisões proferidas em representação interpretativa seriam dotadas de eficácia *erga omnes.*

Inspirada nesse Projeto de Emenda Constitucional, em 1993 a EC nº 3, de 17 de março, introduz no sistema constitucional a ação declaratória de constitucionalidade, dando vida a *processo objetivo* "destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal" (MENDES, 1995, p. 53-54), certo que a decisão final de mérito assim obtida é dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo* (CF, art. 102, § 2º).

Essa eficácia vinculante, não estabelecida constitucionalmente, de modo expresso, para as decisões oriundas de ações declaratórias de inconstitucionalidade, veio a ser normatizada pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Em seguida é editada a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, dispondo

sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e estabelecendo, no terceiro parágrafo de seu art. 10, a eficácia *erga omnes* e vinculante *relativamente aos demais órgãos do Poder Público*.

Sobrevém, então, a EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que conferiu nova redação ao § 2º do art. 102 da CF e modificou o regime jurídico do efeito vinculante das decisões proferidas em ações de controle de constitucionalidade, ampliando o seu campo de incidência aos *demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*. Atribuiu, ainda, eficácia vinculante a determinadas súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103-A e §§).

4. Resultado desse afã reformista, é editado o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), que, entre outras modificações e inovações, prestigia a conciliação e a mediação como instrumentos de composição consensual de conflitos, prevê novas técnicas de julgamento, espelhando-se no regime de precedentes judiciais do sistema da *common law* – que, como sabido, se apoia no trinômio *estabilidade-previsibilidade-segurança* das decisões judiciais –, estabelece exigências para o adequado exercício da função nomofilácica dos tribunais, principalmente os superiores, regula o incidente de resolução de demandas repetitivas, exclui determinados procedimentos especiais e recepciona outros, atualmente regidos por legislação extravagante, altera substancialmente o modelo recursal, com a exclusão de alguns recursos e modificação de procedimentos de outros; ou seja, é destinado, na visão do legislador projetista, a resolver parte substancial dos problemas que hoje interferem na administração e distribuição da justiça.

No que concerne à observância dos precedentes judiciais, têm-se, em linhas gerais, as inovações a seguir descritas.

O art. 926 estabelece a necessidade de uniformização da jurisprudência pelos tribunais, com a exigência de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência (ou seja, de sua previsibilidade).

O artigo seguinte contém o rol dos precedentes as serem observados por todos os juízes e tribunais no julgamento de ações e recursos de sua competência, com as indispensáveis fundamentação (§ 1º) e publicidade (§ 5º). Seu § 2º prevê a possibilidade de alteração de tese jurídica em enunciado sumular ou em julgamento de casos repetitivos (*overruling*), para tanto exigidas a necessária fundamentação (§ 4º) e, sendo o caso, a

modulação dos efeitos da alteração (*retrospective* e *prospective overruling* – § 3º).

A previsão de *distinguish* insere-se no campo de fundamentação das decisões judiciais, pois estas serão tidas como não fundamentadas (e inválidas, portanto) quando o juiz ou o tribunal "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (art. 489, § 1º, inc. VI).

No que concerne ao incidente de resolução de demandas repetitivas, dever-se-á observar o procedimento previsto nos arts. 976 a 984 e, estabelecida a tese jurídica resultante do julgamento, esta será aplicada aos processos individuais e coletivos já instaurados, bem como aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, incs. I e II). Caberá reclamação se não observada a tese jurídica adotada no incidente (§ 1º), autorizada, se for o caso, a sua revisão (art. 986). Considerando que o julgamento do mérito do incidente poderá ser objeto de recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, prevalecerá, então, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (art. 987, § 2º).

É importante registrar, ainda, que, tal como previsto no CPC ainda em vigor (arts. 544, § 4º, alíneas *b* e *c* e 557), a observância dos precedentes também irá nortear decisões monocráticas dos relatores de recursos (art. 932, incs. IV e V), bem como atuar como fundamento para a concessão de tutela de evidência (art. 311, inc. II) e para sentenças de improcedência liminar do pedido (art. 332, incs. I a IV).

Encerrando essa sintética descrição das inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, vale ainda registrar que a não observância de precedentes judiciais, nas hipóteses dos incs. I a III do art. 927, autorizará a impugnação de decisão resultante, por meio de reclamação do Ministério Público ou da parte interessada (art. 988, incs. III e IV e § 4º); nos demais casos, a impugnação será feita por meio do adequado recurso.

Agora, resta esperar que esse novo diploma legal venha corresponder às esperanças nele depositadas, propiciando o estabelecimento de um processo judicial marcado pela celeridade na obtenção da tutela jurisdicional, mas sem o sacrifício da indispensável segurança jurídica.

Referências

LEAL, Victor Nunes. O efeito vinculante na jurisdição constitucional, "in" Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**, v. 208. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51-106.

Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC

Rogéria Dotti
Advogada no Paraná
Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná
Conselheira Estadual e Coordenadora-Geral da Escola Superior de Advocacia da OAB Paraná

RESUMO

Este trabalho tem a finalidade de analisar, no novo Código de Processo Civil, a possibilidade de antecipação da tutela, sem urgência e com base na aplicação de precedentes judiciais. Ele trata, portanto, da tutela da evidência: uma forma de tutela antecipada com base apenas na probabilidade do direito e que não exige a presença do *periculum in mora*. Trata-se de importante inovação no direito brasileiro e tem o objetivo de garantir, ao mesmo tempo, a razoável duração do processo e o tratamento igualitário para casos iguais. Tal estudo considera que o ônus do tempo no processo deve ser racionalmente distribuído entre as partes, mesmo quando não houver risco. Considera também que deve haver uma coerência e isonomia nas decisões judiciais. Conclui-se assim que, dentro do devido processo legal, o direito provável e reconhecido pela jurisprudência deve ser desde logo tutelado.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Precedentes judiciais. Novo Código de Processo Civil. Probabilidade do direito.

ABSTRACT

This work aims to analyze the possibility of injunctive relief in the New Civil Procedure Code, without urgency and based on the precedent system. Therefore, it focuses on the evident provisional measure: a kind of preliminary injunction based only on the clear right, which does not require the presence of *periculum in mora*. It is an important innovation in Brazilian law, that has the aim to assure, at the same time, the reasonable length of proceedings and the equal treatment for equal cases. This study considers the need to distribute rationally the time of proceedings among plaintiffs, even when there is no risk at all. It also considers that there must be coherence and equality in judicial decisions. The conclusion is that, in a due process of

law, what has been declared a clear right by jurisprudence must be satisfied right away.

Keywords: Injunctive relief. Precedents. New Civil Procedure Code. Clear right.

Introdução

O processo civil da atualidade depara-se com dois graves problemas: a demora na prestação jurisdicional e a instabilidade da jurisprudência. Ambos são igualmente nocivos. Tanto o atraso como a existência de decisões diferentes para casos iguais geram a sensação de injustiça e a descrença no Poder Judiciário.

Ciente dessa realidade, o legislador do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) procurou encontrar alternativas. O art. 926, por exemplo, estabelece o dever dos tribunais quanto à uniformização da jurisprudência, a fim de mantê-la estável, íntegra e coerente. E, complementando o dispositivo anterior, o art. 927 determina que os juízes (de primeiro e segundo grau) observem as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmulas vinculantes, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, assim como os julgamentos de recursos repetitivos, os enunciados de súmulas do STF e STJ nas matérias que lhes são inerentes e a orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais de segundo grau.

Por outro lado, o novo Código de Processo Civil assegura também a possibilidade da antecipação da tutela nas hipóteses em que, apesar de não concluída a instrução, a existência do direito do autor já se mostre clara. É a chamada tutela da evidência, disciplinada pelo art. 311 e baseada em um forte juízo de probabilidade. O interessante é que a antecipação nesse caso dispensa o requisito da urgência, ou seja, do *periculum in mora*. A satisfação do direito do autor decorre pura e simplesmente de uma melhor equação em relação ao tempo de espera do processo.

A solução legal é de uma lógica inquestionável. Com efeito, se o direito do autor já se mostra muito mais do que provável, nada mais adequado que permitir sua imediata realização. Embora não se trate de verdadeira novidade – uma vez que o art. 273, inciso II do Código de Processo Civil de 1973 já autorizava a antecipação sem urgência –, não há como negar que o instituto foi significativamente ampliado pela nova lei.

O que se pretende analisar no presente artigo é justamente essa fórmula encontrada pelo novo Código para dar solução, ao mesmo tempo, a essas duas preocupações: demora e instabilidade jurisprudencial. Com efeito, através da previsão do inciso II do art. 311, será possível a antecipação baseada em teses jurídicas pacificadas pelos tribunais.

E aí surge a seguinte questão: a lei produzirá verdadeiro avanço em termos de antecipação? A dúvida é razoável na medida em que, de acordo com a tradição jurídica brasileira, só se antecipa o que é urgente. Nesse sentido, basta lembrar que o inciso II do art. 273 do Código de 1973 nunca teve grande aplicação prática.

Contudo, é possível pensar que a busca de celeridade e segurança autoriza uma aplicação mais ampla da tutela da evidência. Essa é a reflexão que ora se propõe.

1 O princípio da razoável duração do processo

O direito processual da atualidade é iluminado pelos valores expressos nos princípios e nas garantias constitucionais. Serão eles que darão o tom para a correta aplicação das regras nas áreas do processo civil, penal e administrativo. Logo, a doutrina não pode mais ser indiferente a esses valores e à busca de realização do direito material. Daí a noção de direito constitucional processual.

Além disso, percebe-se que o objetivo do processo civil não se limita a compor as partes. Hoje não se pensa mais na jurisdição apenas como a *justa composição da lide*, consoante a clássica lição de Carnelutti. Independentemente da solução ao conflito concreto, o processo busca ser também um meio de estabelecimento de condutas e de realização de Justiça. Essa função pública, bem exposta na teoria dos precedentes, faz com que a lei, a doutrina e a jurisprudência preocupem-se com a isonomia e a estabilidade das decisões judiciais. Afinal, serão elas que estabelecerão os comportamentos e a forma de atuação dos jurisdicionados.

Nesse contexto, Ada Pellegrini Grinover fala da "notável transformação" decorrente da mudança de enfoque do individual para o social. O processo passa a ser visto como "instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia da liberdade" (GRINOVER, 1986, p. 19).

E, ainda que a leitura deva sempre ocorrer no sentido da Constituição em direção ao ordenamento infraconstitucional, não se pode desconsiderar que o Código de Processo Civil desempe-

nha um importante papel na concretização dos direitos. Nesse aspecto, a nova lei traz um capítulo inicial destinado às *normas fundamentais do processo civil*, o qual reafirma várias das garantias constitucionais. Nele se lê, por exemplo, que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º). Trata-se, evidentemente, de reflexo da garantia insculpida no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A garantia vem também prevista no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. O art. 8º, inciso 1 do texto estabelece:

> Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A propósito, Jorge de Oliveira Vargas lembra que o direito de obter decisões judiciais dentro de um prazo razoável é bastante antigo, já estando previsto na Carta Magna de 1215. Lá, o direito inglês, no parágrafo 40, assegurava expressamente "a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça" (VARGAS, 2005, p. 343). Trata-se de uma decorrência direta do princípio da efetividade e do direito à tutela jurisdicional adequada.

Na Itália, desde 2001, há legislação específica assegurando o direito à indenização pela violação da garantia à razoável duração do processo. Trata-se da Lei nº 89, de 24 de março de 2001, mais conhecida como "*Legge Pinto*". Ela alterou o art. 375 do Código de Processo Civil italiano, o qual passou a permitir *equa riparazione* dos danos causados pela demora excessiva.

Destaque-se que o atraso na prestação jurisdicional, além de gerar prejuízos materiais, causa malefícios a todo o sistema e ao próprio Estado de Direito. Isso porque gera desalento e um descrédito da população em relação ao Poder Judiciário. Vale aqui recordar a belíssima lição de Eduardo Couture: no processo, o tempo é algo mais do que ouro: é justiça.[1]

[1] "Por outra parte es menester recordar que en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia" (COUTURE, 1945 *apud* NERY JUNIOR, 2009, p. 315).

2 Precedentes judiciais e a busca de isonomia e segurança jurídica

O princípio da isonomia constitui uma das garantias constitucionais. Ele tem sua base normativa no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o qual assegura que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.*

A leitura que se faz hoje dessa garantia é bastante ampla, de maneira a proteger a igualdade sob o ponto de vista material, ou seja, concreto. Justamente por isso, abandona-se a noção antiga, herdada do movimento revolucionário francês e consistente na igualdade meramente formal, ou seja, apenas perante a lei. Isso porque, se a vedação à interpretação e à criação do direito pela jurisprudência fazia algum sentido em um contexto de juízes aristocratas e ligados ao *ancien regime* (*noblesse du robe*), com o passar dos anos tal concepção de jurisdição mostrou-se totalmente incapaz de lidar com as sensações de frustração e descrédito decorrentes de julgamentos diversos para casos idênticos.

Na verdade, a vedação à interpretação judicial mostrou-se absolutamente utópica. Os juízes, inicialmente proibidos de interpretar a lei, passaram naturalmente a fazê-lo (em face das cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, do controle difuso da constitucionalidade das leis e da aplicação de valores ou princípios metajurídicos). Isso gerou graves distorções e passou a permitir decisões absolutamente diferenciadas para casos iguais. Tal instabilidade, como é natural, trouxe grande insegurança jurídica. Não é mais possível prever qual será a solução concreta dada pelos tribunais e, consequentemente, não há uma pauta de conduta a ser seguida. A atuação das pessoas físicas e jurídicas deixa, portanto, de ter uma orientação jurídica clara e segura.

Nesse cenário, o respeito ao princípio da isonomia (em sua conotação material) e à própria segurança jurídica passou a exigir uma aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law*, a fim de assegurar tratamento igual para casos iguais (*treat like cases alike*).

Importante destacar que, no Brasil, o conjunto de decisões judiciais (jurisprudência) infelizmente não apresenta coerência ou uniformidade. Aliás, isso é facilmente demonstrável, pois, quando a doutrina se refere a um grupo de decisões em um mesmo sentido, ela utiliza a expressão "corrente jurisprudencial". A jurisprudência brasileira, portanto, não é em nada uniforme. E isso por um motivo muito claro: muitos magistrados proferem suas decisões a partir de suas próprias convicções pessoais e seu modo pessoal de interpretar a lei.

Não há no país nem mesmo um sentimento de colegialidade dentro das Cortes. Cada assessoria ou gabinete decide de uma forma e não há uma coerência entre as decisões. Isso faz com que o entendimento de um mesmo órgão julgador se altere em pequenos intervalos de tempo, de acordo com sua composição. Por outro lado, sendo a lei o único parâmetro e, ainda assim, apresentando por vezes uma alta carga de indeterminação, não há como prever o conteúdo das decisões judiciais. A propósito, Sérgio Cruz Arenhart defende a adoção dos precedentes e salienta que a lei é por si só insuficiente para gerar previsibilidade do sistema. Segundo o autor, a instabilidade é um dos problemas que leva ao aumento do número de demandas: "Hoje uma dificuldade muito grande é a imprevisibilidade da decisão judicial. É um sistema totalmente imprevisível, que estimula o litígio de maneira exagerada" (ARENHART, 2014).

Realidade completamente diversa se verifica nos países que adotam um sistema de precedentes judiciais. A expressão latina *stare decisis et non quieta movere* já traz em si a noção de estabilidade. Tal orientação, adotada nos países de *common law*, pressupõe uma relação de coerência e integridade no conjunto das decisões judiciais. Ainda que exista um comando na lei ou na Constituição, a norma realmente só surge no julgamento do caso concreto, através de uma construção judicial baseada no contexto social e cultural. E tal norma deve ser respeitada nos casos futuros, de modo a garantir um mesmo julgamento para todos os casos iguais. Dessa forma, a obediência de juízes e tribunais às decisões anteriores tem uma natureza semelhante ao respeito que eles devem ter em relação à Constituição ou aos textos legais (*statutes*). Há, nitidamente, um compromisso com o passado, jamais permitindo que o juiz parta de um marco zero (*ex nihilo*). Assim, mesmo nas hipóteses de superação ou não aplicação do precedente por *overruling* ou *distinguishing*, o magistrado deve considerar as decisões já proferidas e justificar o motivo de sua não aplicação. Isso garante isonomia material, ou seja, igualdade de direitos no julgamento dos casos concretos.

Nesse aspecto, o Código de Processo Civil de 2015 possui inegavelmente o mérito de buscar uma maior uniformidade e coerência na aplicação da lei, assegurando o respeito à segurança jurídica e ao princípio da isonomia material.

3 O ônus do tempo no processo e a probabilidade do direito

No Brasil, há uma tendência em se imaginar que a não concessão de tutela antecipada – por não alterar o *status quo ante* –

não traria riscos e não causaria prejuízos. Tal raciocínio é um erro. Em todas as ocasiões em que o autor tiver razão (o que só será possível apurar ao final do processo), a mera postergação da realização de seu direito evidentemente lhe causará prejuízo. Por isso, estando presentes os requisitos legais, o magistrado tem o dever legal de tutelar antecipadamente o direito da parte. Trata-se da justa distribuição do ônus do tempo no processo ou, em outras palavras, da tutela do direito que já se mostra evidente.

Marinoni e Mitidiero (2008, p. 270), que há muito tempo tratam desse tema, afirmam que o processo não pode ser fonte de prejuízo ao autor que tem razão: "Ora, como o autor tem direito à tutela jurisdicional tempestiva, e o réu direito à defesa, somente é processo justo aquele que está preocupado com ambas as partes, repartindo o ônus do tempo do processo, que antes era jogado inteiramente nas costas do autor". Vale aqui a lembrança do princípio chiovendiano de que *a durata del processo non deve andare a danno dell'attore que ha ragione* (MARINONI, 2006, p. 148).

Daí porque o Direito Processual Civil, ciente dos valores constitucionais, deve propor a construção de um processo justo. E, para tanto, é preciso que o magistrado assuma riscos, faça escolhas, decida com base em probabilidade. Deve-se abandonar aquele antigo ideal da busca de um juízo de certeza.

Além disso, essa nova concepção do processo procura evitar o imobilismo e a neutralidade de algum tempo atrás, quando ao magistrado cabia tão somente a aplicação das formalidades legais, pouco importando a realização do direito material. "O processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos que, em face de uma instrução malfeita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes" (DINAMARCO, 2001, p. 223).

A inércia do Poder Judiciário realmente prejudica a parte que tem razão e cria o chamado *dano marginal*, decorrente da frustração, da não fruição do direito. Isso não decorre da atitude do réu, mas da própria demora que o processo acarreta. O Estado prejudica assim o cidadão diante da má prestação do serviço tendente à tutela jurisdicional (HOFFMAN, 2006, p. 222).

O juízo de probabilidade possui relevância processual e deve servir para assegurar, nas hipóteses legalmente previstas, a antecipação da realização do direito. Qualquer pensamento em sentido contrário desconsidera a ideia de isonomia no tratamento das partes, privilegiando a manutenção do *status quo* e dando valor excessivo à busca de certeza. Afinal, por que prestigiar o possível, mas improvável, direito do réu quando o autor apre-

senta provas suficientes de que certamente vencerá a demanda? Diante dessa circunstância, é lógico pensar que o Poder Judiciário deve tutelar o direito que já se mostra provável, em vez de impor uma longa e demasiada espera.

Aliás, se até pouco tempo atrás já parecia injusto fazer o autor (que aparentemente tem razão) esperar até a decisão final, agora, diante da demora cada vez maior da tramitação dos processos, essa injustiça se mostra de forma ainda mais nítida.

4 A Tutela da Evidência no CPC de 2015

Em seu sentido amplo, a tutela provisória possui o grande mérito de fazer com que o tempo necessário para o deslinde da controvérsia não se torne um fardo injustamente pesado para as partes (notadamente para o autor que tem razão). Ela constitui uma das maneiras de se enfrentar o dilema da falta de estrutura judicial e do enorme volume de processos. Nesse sentido, "o processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito" (MARINONI, 2006, p. 165-166).

A tutela provisória é vista, então, como uma opção do legislador para implementar a garantia constitucional da razoável duração do processo (Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXVIII) e assegurar a efetividade do direito material (tão necessária para a credibilidade e a respeitabilidade do próprio Poder Judiciário).

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) prevê a tutela provisória como gênero, o qual abrange a tutela de urgência (cautelar ou satisfativa) e a tutela da evidência. Esta última se caracteriza pela possibilidade de antecipação de tutela mesmo quando não exista *periculum in mora*.

A tutela da evidência está disciplinada no art. 311 do novo diploma, o qual amplia consideravelmente as possibilidades até então previstas. Com efeito, no sistema anterior (art. 273, II do Código de Processo Civil de 1973, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994), já se mostrava possível a antecipação da tutela, independentemente do risco de dano. Isso ocorria sempre que se caracterizasse o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Mas a nova lei prevê agora outras circunstâncias nas quais se autoriza a antecipação, consoante os incisos do art. 311 do referido diploma legal. E, o que é melhor, dispensa o requisito da má-fé processual, exigido no sistema do Código anterior.

Destaque-se que o simples fato de haver um aumento das hipóteses legais de antecipação divorciada da urgência já sinaliza uma maior preocupação do sistema legal com a posição jurídica daquele autor que, aparentemente, tem razão. Para ele, o Código de Processo Civil de 2015 aumenta as chances de ver o direito realizado desde logo, independentemente de qualquer situação de risco.

Trata-se assim de uma demonstração de mudança de paradigma em relação àquele processo anterior, extremamente conservador e comprometido apenas com a visão do réu.

O novo Código Civil de 2015 prevê a concessão da tutela de evidência em quatro cenários distintos: a) abuso do direito de defesa ou propósito protelatório da parte; b) prova documental das alegações de fato e existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmulas vinculantes; c) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequado ao contrato de depósito; e d) petição inicial instruída com prova documental suficiente à demonstração do direito do autor, sem oposição de defesa do réu com prova capaz de gerar dúvida razoável.

Entre os cenários descritos, merece destaque a possibilidade prevista no inciso II, ou seja, a concessão da tutela da evidência diante de prova documental e pretensão em sintonia com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. Tal hipótese procura unir, de um lado, a necessidade de acelerar a satisfação do direito provável da parte e, de outro, o sistema de respeito aos precedentes judiciais. Com isso, pretende-se não apenas garantir a efetividade mas também possibilitar uma prestação jurisdicional mais uniforme, íntegra e coerente.

Vale lembrar que o princípio da razoável duração do processo mostra-se cada vez mais necessário para a efetividade dos direitos. Isso porque a complexidade maior das causas, aliada ao grande aumento da litigiosidade, passou a impor uma melhor distribuição do ônus do tempo do processo. Se antes era possível aguardar o término do processo (a fim de se obter a satisfação do direito mediante cognição exauriente), agora a longa espera por uma decisão final torna imprescindível criar meios alternativos para o atendimento imediato de certos direitos, demonstráveis de plano. E, nesse contexto, a tutela de evidência mostra-se plenamente apta a conciliar segurança jurídica com efetividade do processo.

Com efeito, se a pretensão só puder ser realizada ao final da demanda (quando então se concluirá com absoluta certeza quanto à existência do direito), muitas vezes o longo trâmite

processual causará descrédito, frustração e sensação de injustiça. Daí a importância da aplicação da tutela provisória.

É importante ter em mente que a função jurisdicional não depende exclusivamente da cognição exauriente. Como muito bem lembrou Carlos Ayres Britto, não é à toa que na língua portuguesa "o substantivo sentença venha do verbo sentir".[2] E, para sentir, ou melhor, perceber quem tem razão, nem sempre é preciso chegar ao final da instrução processual.

5 Precedentes judiciais e antecipação de tutela: por que não antecipar o direito que já se mostra mais que provável?

O que se tem verificado, em todo o mundo, é uma clara aproximação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*. Isso porque não é mais possível obter isonomia apenas com a aplicação da lei. Com efeito, diante da maior complexidade das causas, dos conceitos jurídicos indeterminados e da própria indeterminação da linguagem, a aplicação de uma mesma regra jurídica pode conduzir a diferentes resultados.

Ao julgar a causa, o magistrado necessariamente faz uma operação de interpretação e, consequentemente, produz uma norma para o caso concreto. Daí a necessidade de se preocupar com a igualdade perante o julgamento das causas e não mais com aquela igualdade baseada exclusivamente na lei. O princípio da isonomia exige hoje uma igualdade de julgamentos, ou seja, decisões iguais para casos iguais.

O respeito aos precedentes judiciais é ainda tema novo no Brasil e gera grande polêmica. Parte da magistratura entende que a aplicação de decisões judiciais anteriores a novos casos implicaria restrição à liberdade de convicção do julgador. Isso é natural diante desse momento de ruptura. Cada grande mudança é, normalmente, acompanhada de resistência.

Mas, na verdade, o estudo mais aprofundado da teoria dos precedentes mostra que ela não viola a liberdade judicial. Muito pelo contrário. Se aplicada corretamente, tal teoria valoriza as decisões e ainda assegura uma evolução da própria jurisprudência. Isso porque ela gera dois grandes benefícios: permite a liberdade do magistrado para fazer a distinção[3] ou a superação do precedente[4] e ainda garante o respeito à isonomia e à segu-

[2] Disponível em:<www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaSTF/anexo/discursoAyresBritto.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

[3] O chamado *distinguishing* na terminologia do *common law*.

[4] O *overruling*, que se caracteriza pela não mais aplicação do precedente pela corte que o criou, diante da mudança de entendimento.

rança jurídica. Ou seja, permite um sistema estável e, ao mesmo tempo, em movimento.

Saliente-se que a estabilidade da jurisprudência – consequência natural da adoção do sistema de precedentes – diminui os riscos na antecipação da tutela. Isso porque, em um ambiente de decisões estáveis, será muito mais fácil prever as chances de acolhimento da pretensão pelo Poder Judiciário. Assim, teses jurídicas pacificadas permitem a antecipação da tutela com menor risco de reversão.

Nesse ponto, a tutela da evidência tem um papel relevantíssimo a cumprir. Ela permite a aproximação da segurança dos precedentes com a celeridade processual, visando a um melhor resultado no que diz respeito à distribuição do ônus do tempo no processo.

Ao tratar da tutela da evidência, o Código de Processo Civil de 2015 dispensa a urgência e procura realizar o direito provável nas situações de defesa inconsistente. Há, aqui, uma aproximação com o sistema francês e a previsão do *référé*.[5]

A tutela da evidência se refere, portanto, a uma "pretensão de direito material de existência quase certa", razão pela qual a procedência da demanda para o magistrado "salta-lhe aos olhos *simpliciter et de plano*" (COSTA, 2011, p. 71).

Segundo Alcides Munhoz da Cunha, nesses casos, a antecipação fática dos efeitos do provimento decorre da presunção, e não da necessidade, já que aqui não há situação de perigo como nas medidas de urgência (MUNHOZ DA CUNHA, 2005, p. 241).

No que tange ao abuso ou à mera defesa inconsistente do réu, a possibilidade de antecipação da tutela é a demonstração de que o ônus do tempo não deve ser suportado por aquela parte que, aparentemente, tem razão. Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni,

> a norma que permite a tutela antecipatória em caso de abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC) constitui o fundamento para a distribuição do ônus do tempo do processo de acordo com a evidência do direito afirmado pelo autor e a fragilidade da defesa. Sem tais normas o

[5] No que diz respeito à urgência, há três formas distintas de *référé* atualmente na França: aquele tradicional baseado no perigo da demora (art. 808 do Nouveau Code de Procédure Civile), aquele cuja urgência pode ser simplesmente presumida (art. 809, 1ª parte do mesmo Código) e, por fim, o *référé provision* e *injonction* (art. 809, 2ª parte do Código), que dispensa a urgência e baseia-se única e exclusivamente na defesa inconsistente. É o que vem previsto expressamente na segunda parte dos arts. 809, 849, 873 e 894 do Noveau Code de Procédure Civile.

> processo civil seria inconstitucional, por não viabilizar a realização do direito fundamental à duração razoável do processo e não tratar as partes de forma isonômica (MARINONI, 2009, p. 86).

A lógica está em fazer com que o réu (que possivelmente perderá a demanda) é que tenha de suportar o tempo necessário de tramitação até a eventual demonstração de seu (improvável) direito. Por isso, mesmo que não exista má-fé do réu, ainda assim o autor tem o direito de ter sua pretensão desde logo atendida. Segundo Daniel Mitidiero, há duas razões para isso: primeira, é profundamente injusto fazer com que a parte aguarde pela fruição de um direito que se mostra evidente; segunda, quem deve pagar pelo tempo da instrução é a parte que ainda tem que demonstrar ter razão em sua postulação (MITIDIERO, 2013). Em outras palavras, ainda que não haja abuso, é mais justo assegurar o bem da vida ao autor que, aparentemente, tem razão do que mantê-lo nas mãos do réu.

Daí por que se acredita que a jurisprudência e a doutrina assegurem a ampla aplicação da tutela da evidência, sempre que o direito se mostrar provável desde logo, independentemente da má-fé, do abuso ou da protelação do réu. O que mais importa para o sistema jurídico nesse ponto não é punir o réu, mas sim satisfazer quem aparenta ter razão. É o que se espera para o fim de se valorizar, de fato, a celeridade e o direito à razoável duração do processo.

Observe-se, todavia, que o Código de Processo Civil de 2015 faz referência apenas aos julgamentos em casos repetitivos e às súmulas vinculantes. Ou seja, restringe demasiadamente a possibilidade de antecipação, deixando de mencionar as demais hipóteses de decisões que, nos termos da própria lei (art. 927), constituem precedentes obrigatórios. Com efeito, o art. 311 estabelece:

> A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Não há, portanto, previsão da lei quanto ao cabimento dessa forma de tutela quando a tese jurídica invocada pelo autor esteja em consonância com os precedentes das Cortes Superiores. Lembre-se que no sistema atual (Constituição Federal, art. 103-A) as súmulas ditas vinculantes somente são editadas pelo Su-

premo Tribunal Federal. Contudo, a própria Lei nº 13.105/2015 prevê também serem de observância obrigatória as súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do próprio Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional (art. 927).

Assim, entende-se que a omissão legislativa não deve afastar a possibilidade de realização imediata do direito do autor quando houver prova documental suficiente e a pretensão estiver de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o que se percebe é que os quatro incisos do mencionado dispositivo legal tratam da defesa frágil, ou seja, daquela contestação já formulada (ou que virá a ser apresentada) mas que não tem forças para gerar dúvida razoável sobre o direito do autor. Nesse sentido, em relação às quatro hipóteses do art. 311, "o denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de defesa inconsistente. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será" (MITIDIERO, 2015, p. 322).

A interpretação sistêmica do Código permite, dessa forma, ampliar o cabimento da tutela da evidência para abranger, justamente, as decisões que constituam precedentes obrigatórios (MITIDIERO, 2015, p. 322).

Afinal, o próprio Código permite o julgamento liminar de improcedência do pedido que contrariar enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 332, I), ou ainda enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, IV). Ora, sendo possível nessas hipóteses a improcedência liminar (antes mesmo da citação do réu), não se justifica o não cabimento da tutela da evidência. Nesse sentido, sustenta Neves (2015, p. 217) que o legislador deveria ter sido mais incisivo na abrangência do dispositivo.

Conclusão

A entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil fomentará discussões acadêmicas, dando assim oportunidade para mudanças culturais e quebras de paradigmas. Essa é a função da doutrina: gerar reflexão e orientação na aplicação da lei, conduzindo os operadores do Direito a caminhos até então não imaginados ou explorados.

É bem verdade que a morosidade processual, especialmente nos países mais pobres, não decorre apenas de deficiência das leis, mas também de fatores culturais, institucionais e materiais,

como a carência de recursos humanos e de equipamentos. Apesar disso, não se pode diminuir o papel das reformas legislativas na resolução dessa problemática (KOEHLER, 2013, p. 303).

É o momento de se colocar em prática as ideias de efetividade, celeridade e isonomia processual. E a tutela da evidência é um excelente instrumento nesse sentido. Não há como negar que o direito se torna evidente quando a tese jurídica defendida pelo autor está em consonância com a orientação pacificada dos tribunais superiores. Nessa hipótese, nada justifica que a parte (que provavelmente terá êxito na demanda) tenha que aguardar até o final do processo para só então poder usufruir do direito material. Neves (2015, p. 218) chega inclusive a sustentar que o rol do art. 311 do novo Código de Processo Civil é meramente exemplificativo.

A tutela da evidência constitui, portanto, um meio para assegurar a própria credibilidade do Poder Judiciário e evitar a sensação de injustiça que o decurso do tempo poderia trazer. Isso porque, na medida em que ela assegura uma prestação rápida, afasta o risco de a justiça se tornar, como alertou Piero Calamandrei, uma "atrasada e inútil expressão verbal, uma vã ostentação de lentos engenhos destinados, como os guardas da ópera bufa, a chegar sempre muito tarde".[6]

Destaque-se que, antes mesmo da previsão legal dessa forma de tutela da evidência, a doutrina já vinha sustentando o cabimento da antecipação de tutela perante a orientação pacífica nas cortes superiores. Nesse sentido, Ruy Fernando Zoch Rodrigues, em relevante tese de doutorado apresentada na USP em 2009, ampliou o conceito de "pedido incontroverso" do § 6º do art. 273 para aí incluir as hipóteses de teses jurídicas já pacificadas. Para ele, o direito "incontroverso" seria direito evidente e justificaria a antecipação da tutela, independentemente da urgência.[7]

---

[6] "Esta visa, portanto, como os procedimentos que o direito inglês entende sob a denominação de *Contempt of Court*, a salvaguardar o *imperium judicis*, ou seja, a impedir que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão que é aquela da justiça, se reduza a ser uma atrasada e inútil expressão verbal, uma vã ostentação de lentos engenhos destinados, como os guardas da ópera bufa, a chegar sempre muito tarde" (CALAMANDREI, 2000, p. 209/210).

[7] "Além de assimilar a ideia de direito evidente ao contexto do direito incontroverso expresso no § 6º, definimos a possibilidade de decisão a qualquer momento, inclusive liminar, e o regime da efetivação da tutela antecipatória proposta nos mesmos termos do empregado nas tutelas urgentes" (RODRIGUES, 2009, p. 13).

Nessa linha de raciocínio, a tutela antecipatória, "ainda que de certa forma possa colocar em risco o direito de defesa, é fundamental para a efetividade do direito de ação" (MARINONI, 1993, p. 105). O que se busca, portanto, é uma nova mentalidade: a tutela antecipada não se limita mais às situações de urgência. Aliás, desde sua criação em 1994, ela já era viável sem o risco da demora, ainda que estivesse limitada, naquele tempo, aos casos de abuso do direito de defesa.

Essa orientação, se difundida adequadamente, poderá melhorar a qualidade da prestação jurisdicional e assegurar um Poder Judiciário com maior credibilidade. Impõe-se aqui uma verdadeira mudança cultural para alterar a triste realidade da sensação de descrédito e de injustiça gerada pelo decurso do tempo.

E, muito embora o caminho seja árduo – diante da tendência e do hábito em só se decidir provisoriamente o que é urgente –, há esperança de que a nova lei produza verdadeiro avanço. Com efeito, o julgamento em prazo razoável é uma forma de atender a justa expectativa dos jurisdicionados.

Foi o que, há alguns anos, defendeu Egas Dirceu Moniz de Aragão, referindo-se à missão do Poder Judiciário:

> Se este, e os magistrados que o consubstanciam, são providos de prerrogativas, que asseguram sua independência, e são tradicionalmente depositários das esperanças de legiões de moleiros Sans Souci, que diariamente lhes batem às portas, é essencial que deles se exija o julgamento em prazo razoável, sem o que o jurisdicionado ficará ao desamparo e a justiça terá faltado à sua mais importante missão (MONIZ DE ARAGÃO apud MUNHOZ DE MELLO, 2005, p. 891).

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Entrevista concedida ao jornal Gazeta do Povo em 11 jul. 2014. Disponível em: <http://wwws.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/nao-acho-que-nos-vamos-virar-um-pais-de-common-law-eaoiesazpvyuaiy8hvqi4n7ta?ref=editorialista>. Acesso em: 12 jul. 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O "direito vivo" das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, p. 19-30, jul. 1986.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: JusPodivm, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, v. 01, n. 04, p. 82-97, out./nov. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a tutela antecipatória. **RePro**, local de publicação, v. 69, p. 105-110, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides. Antecipação e antecipações. Dez anos de tutela antecipada ou de antecipações de tutela. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 241-253.

MUNHOZ DE MELLO, Joaquim. Um professor emérito. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 891-972.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil**: inovações, alterações, supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES, Ruy Fernando Zoch. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência em ações repetitivas**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora nos julgamentos. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 343-347.

Os precedentes judiciais e suas técnicas de superação no novo Código de Processo Civil

Vinicius Silva Lemos
Advogado em Rondônia
Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF/RJ
Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO
Professor de Direito Civil e Processo Civil na Faculdade de Rondônia – FARO
Conselheiro Estadual da OAB/RO
Diretor acadêmico da Escola Superior de Advocacia de Rondônia – ESA/RO
Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo Civil – CEAPRO
Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC
Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP

RESUMO

Este artigo tem como objeto de estudo o sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil. Tem como finalidade o estudo do tema, para conceituação dos institutos atinentes à figura processual de um precedente judicial, bem como estudar a inserção deste no novo código e as técnicas de superação de precedentes e formas de utilização nos casos em concreto.

Palavras-chave: Precedente judicial. Sistema. Novo CPC. Aplicação de precedentes.

ABSTRACT

This article has as its object of study the system of precedent in the new code of civil procedure. Has as its purpose the study of the subject, to conceptualization of the institutes linked to figure procedure of a judicial precedent, as well as to study the inclusion of this in the new code and the techniques of application of precedents and forms for use in concrete cases.

Keywords: Judicial Precedent. System. New CPC. Application of precedentes.

Introdução

Um dos aspectos mais importantes do novo código é a valorização e regulamentação dos precedentes judiciais. A teoria do precedente judicial já tinha serventia no cotidiano jurídico brasileiro com a inserção da repercussão geral e os recursos repetitivos; contudo, na nova lei, a ênfase é maior ao precedente, com o cuidado de melhorar cada instituto dessa nova sistemática de julgamentos e, ao mesmo tempo, impor a necessidade de construção de uniformização de posicionamentos que tenham integridade, coerência e estabilidade.

É um novo dogma processual, uma visão para o futuro.

1 O precedente judicial e sua formação

Para estudarmos os precedentes, é importante encontrarmos a definição sobre precedente, que é "a decisão judicial tomada à luz de um caso em concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos" (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 441).

Pela conceituação existente, construímos os seus requisitos de existência. Para o precedente nascer, a jurisdição deve ser provocada por uma parte com o pedido de resolução de um caso concreto, com uma delimitação fática e jurídica pelo estado juiz com a interpretação judicial ao caso, culminando em uma decisão que, pelos seus elementos, serve como base para utilização posterior em casos que tragam as mesmas indagações concretas.

Para a existência e formação de um precedente, necessitamos de provocação jurisdicional pela parte, caso concreto, delimitação fática e jurídica, interpretação, decisão judicial. Para a utilização do precedente, incluímos um novo item, os casos análogos futuros.

O precedente nasce da atividade jurisdicional, da aplicação do direito ao caso concreto, diferente da lei, que tem origem de um processo legislativo de regulamentação sobre determinada matéria. A interpretação realizada entre os fatos e o direito positivo são os elementos que formam o precedente, com a decisão concreta e a sua possibilidade de utilização em casos posteriores, dada a sua relevância.

Entretanto, não é toda e qualquer atividade jurisdicional que forma um precedente. Por exemplo, uma sentença de primeiro grau não forma um precedente. Os tribunais de segundo grau também não têm essa função como prioridade, já que a sua função é possibilitar o duplo grau de jurisdição com a aplicação do direito de reexame. No novo código, com o incidente de assunção de competência e a resolução de demandas

repetitivas, foi atribuída a esses tribunais também a função prioritária de formar precedentes judiciais, para aplicação de territorial limitada à extensão daquele tribunal.

Naturalmente, os precedentes judiciais, em regra, são formados nos tribunais superiores, que têm em suas decisões, pelo seu alcance territorial, impacto de aplicabilidade em todo o Brasil.

A teoria da utilização de precedentes é uma forma de olhar o passado para decidir o futuro, um olhar processual e material para uma busca de estabilidade judicial, pelo fato de que "o passado, por si só, acaba sendo uma razão que compele o sujeito à tomada de decisão em um certo sentido" (BURIL, 2015).

A importância dada à teoria e utilização dos precedentes na nova codificação é louvável, com um olhar para o futuro e para uma nova sistemática de visualização da importância da decisão judicial.

1.1 A *ratio decidendi*

A formação de um precedente não está em sua parte dispositiva. O importante de um precedente é a sua fundamentação quanto à tese jurídica, a construção do julgado como um procedimento com impacto para a utilização em casos análogos futuros.

Não há dúvidas que o precedente nasce de uma decisão, não de todas, mas uma decisão. O ato de decidir não é o que forma o precedente, mas o caminho que se levou para chegar à convicção da decisão. Isso é o que forma e o que importa para a aplicabilidade futura.

O precedente nasce da *ratio decidendi* da decisão. O que seria essa *ratio decidendi*? A definição do conteúdo e dos limites da decisão. Numa tradução informal, as razões de decidir.

A parte dispositiva, a decisão em si, a ordem judicial importa para as partes do processo, já as razões de decidir – *ratio decidendi* – importam para a utilização como precedente, numa transcendência ao próprio julgado, como uma formatação basilar para outras decisões futuras que se identificarão com os fatos constantes na limitação feita pelas razões da decisão.

> Segundo Deflorian apud Gordon, a ratio decidendi consiste no princípio do direito com base no qual o caso é decidido. Nas palavras de Tucci, a ratio decidendi 'constituiu a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto'. A ratio decidendi envolve questões levantadas no processo que foram fundamentais para a formação da decisão judicial (SOARES, 2014. p. 49).

Toda e qualquer decisão cria uma norma jurídica, a interpretação do juízo sobre a relação *fato x lei.* O resultado da deci-

são é a norma jurídica almejada para a resolução do conflito de interesses tutelado pela jurisdição. Essa norma criada pelo ato de julgar se limita às partes, àquela solução jurídica para o caso em concreto posto em juízo. No entanto, há outra norma criada na decisão, com conteúdo universal, que ultrapassa os limites da lide e não está na parte dispositiva, mas na sua fundamentação.

Neste ponto da decisão que o juízo traça um caminho de delimitação, com a análise dos pontos fáticos que estão em julgamento, as intersecções jurídicas afeitas ao caso concreto, é neste ponto que se encontra a *ratio decidendi*. A interpretação dos fatos e sua relação com o direito existente resulta numa norma jurídica criada no julgamento, não limitada às partes, por não constar da decisão, da parte dispositiva, contudo, esta mesma norma perfaz uma linha de fundamentação para construir o pensamento jurídico que embasa o resultado final, como Redondo (2014, p. 174) explica: "trata-se da *tese jurídica* acolhida, no caso concreto, pelo julgador, sendo composta por 03 elementos: (i) indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*); (ii) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (iii) juízo decisório (*judgement*)".

Toda decisão tem uma norma jurídica limitada às partes e outra norma jurídica transcendental. O precedente judicial somente se forma na segunda norma, com a sua utilização para outros casos futuros. Somente as razões de decidir que importam como precedente judicial.

Apenas pode ser considerada *ratio decidendi*, para fins de um precedente, o que foi efetivamente discutido para a formação da fundamentação daquela decisão. Em modo contrário, sem uma arguição e discussão, ou ainda, decisão sobre a matéria, esta possível parte do julgamento não há como ser parte da *ratio decidendi*. Muito importante para a verificação da real discussão sobre a matéria é o posterior e efetivo julgamento sobre aquele ponto material para identificar a *ratio decidendi* de uma decisão.

1.2 *Obiter dictum*

Para entender o precedente e a identificação na decisão judicial do que é a *ratio decidendi*, é importante conceituar e explicar o *obiter dictum*, que persiste em fundamentação acessória da interpretação jurídica realizada na decisão.

Nem todos os pensamentos jurídicos insertos na decisão servem como precedente. Muitas vezes numa decisão, para construir um caminho de argumentação jurídica, o juízo passa por diversos fundamentos, considerações ou comentários, seja para

comparação, contraposição ou para imaginar hipóteses para o caso em concreto. Essa fundamentação acessória é parte da decisão, ajuda na formação da *ratio decidendi*; entretanto, não é parte destas razões, contendo serventia somente suplementar. Desta forma, o "obiter dictum engloba as matérias argumentadas e decididas no curso do processo de maneira periférica. Nele não se instala o que foi decidido para a solução da questão posta em juízo. O obiter dictum é considerado quando muito elemento persuasivo e confirmador da decisão proferida, mas não o ponto que a faz existir" (SOARES, 2014. p. 49).

No *obiter dictum* há uma característica periférica, uma argumentação acessória, por vezes até inútil ou irrelevante para o julgamento daquele caso e para a formação da *ratio decidendi*, mas que sinaliza importantes posicionamentos, discussões jurídicas e debates futuros.

O *obiter dictum* tem uma evidente função de sinalização, uma discussão paralela que não tem muito valor para aquele processo, mas que pode direcionar futuramente um posicionamento de outra matéria. Não serve para este processo que se decidiu, contudo seu conteúdo é importante.

1.2.1 Técnicas de identificação da *ratio decidendi*

Conceituados os institutos da *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, importante é saber identificá-los no caso em concreto. Quando ocorre a decisão do precedente, com ela vem a necessidade de saber-se o que é *ratio decidendi* e quais os seus limites.

A existência da *ratio decidendi* bem delineada é a condição para a própria existência do precedente, razão pela qual se faz necessária a sua identificação. Sabemos que a *ratio decidendi* não se encontra na parte dispositiva da decisão, contudo em sua parte de fundamentação. Entretanto, não se confunde com a fundamentação em si: "a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra" (MARINONI, 2010, p. 211).

Mas como identificar? Existem métodos de identificação.

O primeiro método que analisamos, mais antigo, proposto por Wambaugh, possibilita a identificação do precedente pelo caminho inverso, com a análise da fundamentação da decisão com a inserção, de maneira hipotética, de argumentos antagônicos, pela noção de que se a decisão com a mudança radical pela inversão dos argumentos fosse alterada, encontrar-se-ia ali a *ratio decidendi*, a parte fundamental da decisão que se faz necessária para a sua própria existência.

Por essa técnica, ao inverter o sentido daquele argumento sem a mudança na decisão, consequentemente, esta parte da fundamentação não seria *ratio decidendi*, por não conter influência na decisão, tornando-se *obiter dictum.*

Em outra técnica, conhecida como método de Goodhart, a forma de chegar-se à *ratio decidendi* e sua limitação passa pela determinação minuciosa dos fundamentos de fato, quanto mais os fatos estão delineados e delimitados, maior a facilidade para conseguir a identificação da *ratio decidendi*.

Razão não falta ao Goodhart, quanto maior a atenção do julgador do precedente para a delimitação dos fatos, com a delineação pormenorizada tanto dos fatos quanto dos fundamentos daquela causa, com a visualização fática bem apurada, melhor a amplitude da decisão e sua eficácia enquanto precedente. Quanto maior a ênfase aos fatos, maior a possibilidade de identificação destes, em casos futuros, tornando mais fácil a própria visualização da *ratio decidendi.*

A forma mais abrangente seria a conjunção das duas técnicas. Tanto ao delinear os fatos de forma pormenorizada (teoria de Goodhart), quanto ao usar o caminho inverso dos argumentos para verificar se a decisão seria diferente (teoria de Wambaugh), consegue-se identificar a *ratio decidendi*, mas, se pensar na utilização conjunta dos dois métodos, chega-se numa melhor identificação pelo juízo que aplicará a decisão como precedentes em casos futuros. Como corroboram Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 450) ao explanarem que "o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (de Wambaugh e de Goodhart), sendo, pois, eclético, tal como aquele trabalhado por Rupert Cross – e, ao que parece, também por Marinoni".

1.3 As diferenças entre *common law* e *civil law* e os precedentes no direito brasileiro

A teoria de utilização dos precedentes nasce no direito *common law*, que é baseado no uso e costume, oriundo dos países anglo-saxões. Nesse sistema, o judiciário é apto e legítimo a criar direitos, a partir da atividade judicante. Ao julgar, naturalmente nasce uma norma jurídica, com uma definição pela própria forma do direito *common law*, para utilização posterior, baseando-se nos costumes e na jurisprudência.

A jurisprudência no sistema de direito do *common law* tem importância como fonte primária do direito, acima, na maioria das vezes, até da lei, que também existe. Com a importância da teoria da *stare decisis* para o *common law*, os precedentes têm

uma enorme relevância nesse sistema, como a preferência de aplicação no caso concreto futuro do que já foi decidido anteriormente. Para entendermos, a "expressão *stare decisis* pode ser assim traduzida: mantenha-se a decisão e não altera o que está quieto" (NOGUEIRA, 2008, p. 101).

Uma evidente noção de vinculação dos precedentes.

> Também chamado de *doctrine of binding precedent*, a vertente mais recente desse sistema teve origem nas primeiras décadas do século XIX na Inglaterra, vindo a ser definitivamente reconhecido em 1898, no caso *London Tramways Company* v. *London County Council*, em que a Câmara dos Lordes tratou tanto do efeito autovinculante do precedente, quanto da eficácia vertical do precedente, isto é, sua eficácia vinculante externa a todos os juízos de grau inferior (REDONDO, 2014. p. 174).

O ato de julgar no *common law* é dotado de uma liberdade maior, uma construção jurídica de uma norma daquele caso em concreto, com uma diversidade de princípios, aplicações de leis e costumes e, principalmente, dos precedentes. Com o ato de julgar, naturalmente, cria-se uma norma jurídica.

Por outro lado, tem-se o *civil law*, com uma tradição romana e uma reestruturação moderna na França, com uma importância maior da lei e sua estipulação codificada. A aplicação da justiça seria a aplicação da lei, a letra da lei. O poder do juiz se delimita com a aplicação da vontade do legislador, não com uma interpretação ampla para cada caso. A função do juiz no *civil law* é a aplicação da letra da lei para o caso em concreto, não uma interpretação que criaria uma nova norma jurídica.

A certeza jurídica era almejada com uma aplicação da lei, que se imaginava ser suficiente para a solução dos conflitos. O juiz tinha a mera função de enquadramento entre a situação e a letra da lei. Uma ode ao positivismo. A fonte do direito mais importante, nesse sistema, é evidentemente a lei, com a jurisprudência somente com um caráter persuasivo de como se aplicar melhor a lei.

Uma organização de leis em códigos para uma melhor compreensão é uma das características do *civil law*, sistema este adotado pelo Brasil. Com isso, aqui com a possibilidade de aplicar a lei, o juiz tem essa função, enquadrando a lei ao fato posto ao juízo.

Sempre se acreditou numa contraposição, numa dicotomia entre o *common law* e o *civil law*, uma impossibilidade de convivência entre os sistemas. Marinoni (2010, p. 72) discorda dessa dicotomia veementemente, ao explanar que "é exatamente a

cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no civil Law". Acreditava-se que o *civil law* nunca poderia usar a *stare decisis* pela própria diferença na atuação entre os juízes de cada sistema. Entre a s*tare decisis* e a lei, para o juiz do *civil law*, a lei sempre teria preponderância.

Entretanto, há uma gama de convergências entre os sistemas, com a possibilidade da utilização de precedentes no *civil law*, sem, necessariamente, constar como uma *commonlawlização* do direito brasileiro. Somente uma busca pela melhor aplicabilidade da justiça e a resolução para a multiplicidade de demandas idênticas, fato com que o Brasil convive diuturnamente. Uma convergência de sistemas, totalmente possível, aplicável e elogiável.

O sistema jurídico brasileiro, aos poucos, vem com inovações em busca de uma política de respeito aos precedentes, a instituição de súmulas vinculantes, a criação da repercussão geral, o julgamento por amostragem do rito repetitivo e, com o novo código, outras maneiras de formação de precedentes, como assunção de competência e resolução de demandas repetitivas.

Um sistema híbrido, com a base no *civil law* e a utilização pontual em determinadas situações da teoria dos precedentes judiciais, para uma melhor operacionalização do processo civil brasileiro e sua eficácia diante de tantas demandas.

2 Técnicas de aplicação e de superação de precedentes

Com a ênfase dada pelo código de 2015 para a formação e utilização dos precedentes, é importante a forma com que os precedentes são aplicados posteriormente. Existem formas diferentes de utilização. Sempre o juízo deve aplicar o precedente em casos idênticos, com o mesmo teor e aplicabilidade da *ratio decidendi*.

Entretanto, uma dúvida permanece: há um engessamento com a aplicabilidade contínua e obrigatória do precedente? A princípio, um precedente tem a sua utilidade, resolve dúvidas sobre a norma ou ainda sobre a ausência de norma, criando uma norma jurídica ao julgar.

Não há evidentemente um engessamento do juízo ou da justiça.

> Já a independência funcional refere-se, sobretudo, ao art. 95 da Constituição, isto é, às garantias que são dadas, ao magistrado, relativamente à sua carreira (em especial, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios). Essas garantias buscam

> garantir a imparcialidade do juiz, para afastar o risco de que ele pudesse sofrer qualquer tipo de "pressão" ou "ameaça" (hierárquica, política, financeira, etc.) para direcionar sua decisão em determinado sentido. Como se vê, exigir que o julgador siga e observe a interpretação do direito dada pelos Tribunais que tem competência constitucional para dar a interpretação final sobre a Constituição (STF) e a legislação (STJ e Tribunais locais) em nada conflita com a independência funcional dos juízes (REDONDO, 2014, p. 185).

O juiz, como uma autoridade do Estado, permanece com a sua capacidade de julgar, de analisar as provas e definir os fatos ali apresentados. Entretanto, sai um pouco a visualização de decisão da causa, somente pela criação de uma convicção pessoal, mas com a necessidade de visualização do precedente judicial, com a delimitação dos fatos de ambos os processos para averiguar-se, mediante comparação, a coincidência de fatos que autorizam a aplicação do precedente.

O caso concreto a ser julgado deve ser apreciado numa comparação de seus fatos com a *ratio decidendi* do precedente judicial, momento em que se analisa a convergência de possibilidades, com a decisão de aplicação ou não do precedente, mediante o julgamento da compatibilidade dos fatos entre o caso em concreto e o precedente.

2.1 *Distinguishing*

Uma vez formado o precedente, em suas diversas formas, com a definição da sua *ratio decidendi*, quando algum juízo estiver diante, num momento posterior, de uma ação possivelmente idêntica, para visualizar a aplicação, ou não, do precedente, se faz necessária a comparação entre a *ratio decidendi* do precedente com os fatos inerentes a esse caso. Para a aplicação de um precedente, há a necessidade de congruência entre a *ratio decidendi* do precedente com o conjunto fático daquela causa. Somente com a equiparação dos "*fundamentos jurídicos que sustentam a decisão*" do precedente e a situação fática daquele processo em julgamento consegue-se decidir se há relação entre ambos que permita a aplicabilidade do precedente (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015. p. 442).

O resultado dessa equiparação leva a alguns caminhos, o mais importante seria culminar na aplicabilidade do precedente neste novo processo. Entretanto, há a possibilidade da incongruência entre os fatos desta ação com a *ratio decidendi* do precedente firmado. Nesta situação, não há a possibilidade de utili-

zação do precedente por não haver um enquadramento da situação processual com a situação do precedente, sem enquadramento correto, há uma distinção, uma diferença entre os casos, o que leva à recusa do juízo em aplicar o precedente.

Não há, no entanto, uma recusa ao precedente ou à sua validade. A não utilização do precedente é por não servir como base para aquela demanda, por diferença de fatos ou de matérias. O juízo não discorre em nenhum momento sobre a validade do precedente, somente houve uma tentativa de aplicação, com a eventual impossibilidade de utilização.

A superação do precedente ocorre pela sua não aplicabilidade para aquele caso em concreto por divergência nos fatos entre o precedente e a demanda. O direito anglo-saxão concede o nome de *distinguishing.* Na tradução que o próprio código concede ao delimitar um pedido da parte da aplicabilidade do instituto no artigo 1037, § 9º, chega-se ao nome de distinção.

Uma autêntica distinção do caso em concreto com o precedente. Há uma recusa na utilização do precedente? Sim, uma superação por ausência de correspondências entre os casos, a *ratio decidendi* e a ação julgada e aplicada a distinção. Além da técnica de julgamento de superação de precedentes, cabe também às partes alegarem a distinção, com a demonstração ao juízo da diferença existente e a inaplicabilidade daquele precedente.

Um exemplo: no final de 2014, o STJ, em julgamento repetitivo, julgou a questão legal do cadastro positivo pelos órgãos de proteção ao crédito, o chamado *scoring*, no caso, a legalidade da existência e as fundamentações sobre este caso são a *ratio decidendi.* O resultado proferido no julgamento foi pela legalidade. Entretanto, imaginemos uma ação posterior que fale sobre um cadastro nos órgãos de proteção ao crédito, mas por inscrição negativa indevida. Se alguma das partes alegar que há um precedente sobre a questão, o juízo analisa a questão com a comparação entre os fatos daquela demanda com a *ratio decidendi*, aplicando, neste caso, a distinção, com a negativa de utilização do precedente pela ausência de congruência entre os fatos da ação e o conteúdo da *ratio decidendi.*

Evidente que para a utilização do *distinguishing*, ou distinção, o juízo deve, de forma fundamentada, delinear as diferenças entre a *ratio decidendi* do precedente, com a ação que está a julgar, demonstrando, de forma clara, que não há razoabilidade e congruência para a aplicação do precedente, afastando-o.

Sobre esse ponto, o Fórum Permanente de Processualistas Civis enunciou da seguinte forma:

> Enunciado n.º 306 do FPPC: O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

Por esta necessidade de comparação entre a *ratio decidendi* e cada caso parecido posterior ao precedente, o conteúdo e delimitação da *ratio decidendii* devem ser o mais perfeitos e claros possível.

Quanto melhor e maior a clareza de identificação da *ratio decidendi*, mais fácil e evidente fica aos juízos inferiores em casos posteriores a utilização do precedente. Uma eventual *ratio decidendi* mal delimitada ou confusa ocasiona possíveis aplicabilidades errôneas do precedente em casos análogos futuros, quando, na verdade, seriam casos para realizar o *distinguishing*. Um precedente mal aplicado é um mal para a própria existência do precedente, como para aquela demanda que em nada tem de relação com o precedente.

É pertinente uma análise minuciosa, pelo juízo da ação futura, para a aplicação correta do precedente e, se necessário, a utilização do *distinguishing* para afastar os precedentes em casos com situações diversas daquelas delimitadas pela *ratio decidendi.*

Não há no *distinguishing* uma invalidação ou revogabilidade do precedente, tampouco análise sobre a sua inutilidade. O juízo somente se debruça sobre a análise cuidadosa sobre os fatos e o precedente, com a sua *ratio decidendi*, com o cuidado na aplicação da tese firmada. Se a decisão for pela não utilização do precedente, vale somente para aquele caso, com aquele conjunto fático probatório, com a permanência total da validade do precedente para os casos em que a *ratio decidendi* for coincidente.

2.2 Superação por *overruling*

Nesta técnica de superação de precedente chamada *overruling*, o cerne de sua utilização está na análise sobre a validade do precedente. Analisando a *ratio decidendi*, o tribunal verifica que não há mais motivos para manutenção daquele precedente. Ao utilizar essa técnica, o "Tribunal supera o precedente. Fazer o *overruling* significa que o Tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente e substitui a velha regra de direito por uma que é fundamentalmente de natureza diversa" (NOGUEIRA, 2010, p. 179).

Uma nova *ratio decidendi* e posicionamento do tribunal ocorrem para a revogação do precedente anterior, como uma evolução jurídica, com a superação do anterior pela existência de um novo precedente.

O cuidado na utilização da técnica de *overruling* está na impossibilidade de alteração na concepção daquela matéria somente por uma nova interpretação dada pela corte ou pela intenção de fazê-lo. Importante salientar que o *overruling* deve acontecer pela mudança da estrutura social atual, diferente daquela de quando o precedente foi criado, demonstrando que na análise de sua aplicabilidade não tem mais razão de existência ou de manutenção. Não por mera vontade dos julgadores, porém por uma análise de mudança do contexto social, mudança no ordenamento jurídico, de novas conjunturas políticas, dos avanços tecnológicos, quando se verifica que os efeitos que o precedente deveria obter não ocorreram ou a constatação de um equívoco crasso e visível naquele precedente.

Há a necessidade de uma motivação concreta para a revogação do precedente, não somente uma revogação de interpretação. Uma nova realidade social deve ser constatada e, com isso, a necessidade de um novo precedente, com a consequência da revogação do anterior. Não pode haver uma lacuna sobre aquela questão de direito que a *ratio decidendi* resolvia, com a revogação do posicionamento, por qualquer que seja o motivo. Na concepção da utilização do *overruling*, uma nova forma jurídica para a questão deve vir à tona, com uma nova *ratio decidendi*, atual e renovada para aquela nova realidade social ou jurídica.

O *overruling* deve ser realizado pelo mesmo tribunal que estabilizou o precedente, com a autoridade de analisar sua inaplicabilidade por alguns dos motivos expostos. Somente o tribunal que formou o precedente, ou, eventualmente, tribunal superior a esse, com o posicionamento da tese jurídica e a delimitação da *ratio decidendi*, tem a possibilidade de visualizar a impossibilidade de prosseguir com o precedente, abandonando-o para inserir outro entendimento sobre a questão de direito.

2.2.1 *Anticipatory overruling*

O *overruling*, ou a superação do precedente, somente pode ser realizado pelo mesmo tribunal que estabilizou o precedente. No caso, se for o STF ou oSTJ, esses tribunais que terão a competência para a superação de seu próprio precedente.

Entretanto, com o precedente válido e útil para a sociedade, persuasivo ou obrigatório, aos poucos a existência dessa siste-

mática de precedentes impede o tribunal que o estabilizou de voltar a decidi-lo, pela própria não chegada de recurso dessa natureza por esbarrar na aplicação do precedente.

Contudo, em caráter extremamente excepcional, um tribunal inferior, não competente para a superação, entendendo que há características novas nos julgamentos em geral da corte que estabilizou o precedente, com novos posicionamentos em outras demandas, que num conjunto de interpretação dá a entender que aquele precedente não guarda mais relação com a atualidade de entendimento da corte, pode sinalizar com a *anticipatory overruling*.

É essencial a verificação de sua característica excepcional, expondo que os tribunais inferiores não têm a competência de revogação natural de um precedente firmado em tribunal com alçada superior. Os requisitos que resultam na possibilidade da antecipação são a aparência de desgaste daquele precedente, uma tendência de que a jurisprudência deve mudar, entre outras possibilidades.

> No entanto, mesmo assim, defende-se, neste trabalho, a possibilidade de aplicação do anticipatory overruling no direito brasileiro. Presentes aqueles fundamentos que justificam a utilização do instituto, os Tribunais Estaduais ou os Tribunais Regionais Federais e mesmo os juízes de primeira instância estariam autorizados a não aplicar os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores aos casos em julgamento (ATAÍDE JR; PEIXOTO, 2014, p. 284).

Antecipa-se uma mudança que posteriormente é levada ao tribunal competente para realizar o *overruling* de fato daquela questão. Todavia, os tribunais inferiores podem antecipar a sua inutilidade.

2.2.2 *Prospective overruling*

Como já vimos, o *overruling* é a superação do precedente por uma mudança na sociedade. Entretanto, com a revogação de um precedente há a necessidade de estabelecer a sua validade, o momento em que ele passa a ser revogado. De acordo com o artigo 927, § 3º, quando for hipótese de alteração de jurisprudência do STF ou dos tribunais, inclusive os definidos em julgamentos repetitivos, há a autorização da modulação de efeitos, com a inclusão na decisão sobre a data em que essa alteração entra em vigor.

Existe, através do *overruling*, a possibilidade de superar um posicionamento, mas, diante da necessidade e da segurança

jurídica, somente se aplica em casos futuros ou após algum tempo há a ocorrência do *prospective overruling*, com a definição no julgamento do precedente que a validade para aquele novo entendimento e posicionamento começa somente com efeitos posteriores àquele julgamento que gerou a mudança de precedente.

O termo *prospective overruling* tem significado como possibilidade de prospecção dos efeitos da decisão daquela data para o futuro, não imaginando a superação para casos anteriores, mas somente para os casos futuros, com uma evidente modulação de efeitos. A necessidade de verificação de uma modulação de efeitos da mudança do precedente está na confiança justificada da sociedade e dos jurisdicionados naquele precedente. Se o precedente existente pauta a sociedade de tal forma que cada cidadão age de acordo com o precedente, não demonstrando nenhum desgaste, a superação desse precedente deve ter modulação de efeitos para frente, com uma prospecção da validade da superação, sem ofender as questões anteriores consolidadas.

> Quando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados nele depositam a confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data (MARINONI, 2011, p. 255).

Uma variação da modulação dos efeitos é a incidência do *prospective overruling*, quando se define a superação do precedente, estabelecendo uma data no futuro para a validade da mudança julgada pela mesma corte que havia fixado o precedente. A modulação de efeitos, neste caso, ocorre na forma de não ter uma validade imediata, tampouco a partir dali, mas em ponto futuro, somente depois de determinado prazo ou data. A superação do precedente foi realizada, contudo este continua com a sua validade, mesmo revogado, até a data determinada.

Numa outra visão da modulação de efeitos, há uma possibilidade mais complexa, impensada em sua aplicabilidade no direito brasileiro: o *pure prospective overruling*, hipótese em que o tribunal que firmou o precedente o revoga de forma a não utilizar a sua validade nem para o caso que ensejou a revogação, somente após, para casos futuros. Essa situação não é aplicável ao Brasil pela própria característica dos recursos excepcionais que propõe a revogação ou a reanálise, sem o interesse da parte em revogar, já que ausente de validade para o seu caso,

não há aplicabilidade ou pensar-se que a pessoa estará em juízo para não fazer parte do resultado dali disposto, se houver a superação do precedente.

2.3 Superação por *overriding*

Na hipótese do *overriding*, há uma revogação parcial do precedente. Por fato superveniente, como a edição ou a adoção de uma nova forma principiológica, aquele precedente em sua integralidade não está mais consoante com o direito e a situação que a sua *ratio decidendi* resolvia.

Neste caso, trata-se da necessidade de adequação do precedente à nova normal legal, ao fato posterior à sua edição. Essa adaptação acontece com a análise sobre esta limitação, com a verificação de em qual ponto da *ratio decidendi* a nova norma impede a manutenção do precedente e, consequentemente, quais os pontos em que persiste a eficácia e razoabilidade do precedente.

Analisar como uma revogação parcial é uma forma autônoma de superação, entretanto, tem um caráter de adequação à nova norma legal, com uma sobrevida de aplicabilidade, somente limitada, sem uma abrangência jurídica fática tão ampliada.

De uma certa forma, podemos considerar que naquela parte do precedente em que ocorreu a revogação, ocasionando o *overriding* ao precedente como um todo, somente naquela parte revogada, houve um *overruling*.

Se houvesse uma separação da matéria da *ratio decidendi* anterior, dividindo-a em duas partes, teríamos uma parte em que houve a superação, um autêntico *overruling,* e a outra parte, a que se manteve intacta, com a continuidade limitada da eficácia do precedente. Com a conjunção da parte em que houve *overruling* com a parte que se manteve eficaz juridicamente, chegamos ao *overriding*.

Todavia, existe uma limitação dos motivos do *overriding*, a superveniência de uma nova norma legal, com a necessidade de uma adaptação. O *overruling* é mais amplo, com diversas possibilidades de incidência. Adapta-se à nova realidade jurídica daquele momento, para realizar a sua compatibilidade.

Quando ocorre o *overriding*, com a limitação do precedente e consequente revogação parcial do precedente, esta nova decisão, com uma *ratio decidendi* redefinida, passa a ser o conteúdo integral desse novo precedente, não guardando mais nenhuma relação com o precedente anterior.

Dessa forma, existe um novo precedente, diferente daquele anterior, com parte daquele anterior, mas moldado para uma nova integralidade.

Conclusão

O novo código concede um valor ao precedente, aos tribunais e sua função judicante, colocando-a como uma base para a aplicabilidade da justiça. Os tribunais não detêm somente a função de julgar de acordo com a lei, mas também de acordo com o seu próprio conjunto de decisões. Não existe um sistema de utilização da teoria dos precedentes sem uma mudança no paradigma processual recursal pelos tribunais.

O artigo 926 é visionário e utópico, sim. E não há nada demais em ser utópico. O legislador acertou, evidentemente. Há uma mudança de paradigma em curso. Não dá para prever onde desembocará o judiciário brasileiro com a nova dogmática processual, contudo era necessária a utopia, apostar na mudança, com o questionamento legislativo de se dizer que do jeito que estava, com decisões complexas e contraditórias em suas essências pelos mesmos tribunais, com uma total insegurança jurídica, não dava para continuar.

A mudança é adotar como regra para os tribunais o dever de "*uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*", conforme o citado artigo 926.

Ao chegar-se na melhor decisão possível para aquele caso, o efeito repetitivo ainda não está completo, necessitando da aplicabilidade correta de seu caráter vinculante, nos casos que por ventura estão sobrestados ou nos casos análogos futuros.

Referências

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. **Revista de Processo: RePro**, v. 39, n. 236, p. 279-301, out. 2014.

BURIL, Lucas. **Afinal, o que é um precedente?** 15 maio 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2/>. Acesso em: 26 ago. 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 906, p. 255-283, abr. 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 33, n. 161, p. 101-114, 2008.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2014. v. 2.

SOARES, Marcos José Porto. A ratio decidendi dos precedentes judiciais. **RBDPro. Revista Brasileira de Direito Processual**. Ed. Fórum, ano 22, n. 85, p. 39-73, 2014.

Inovações que o novo Código de Processo Civil trará para a execução por quantia certa contra devedor solvente

Gustavo Schmidt de Almeida
Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Inovações em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar algumas alterações que o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em 2016, trará ao processo de execução por quantia certa contra devedor solvente. O estudo é feito sobre a análise do processo como instrumento para a entrega da jurisdição e sobre a redação do atual código processual civil, de 1973, comparando-a com a do estatuto de processo de 2015, analisando ambos os diplomas normativos. É buscado neste artigo encontrar, a partir disso, as inovações que serão observadas, a partir de 2016, no processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, seja em decorrência das mudanças no rito dessa execução, seja por conta das alterações ocorridas nos demais livros do código processual que terão aplicação no processo executório. O presente trabalho terá como metodologia a revisão bibliográfica tradicional, buscando-se, a partir da jurisprudência, da lei e da doutrina existente na área do direito processual civil, o conhecimento disponível, na tentativa de expor o melhor entendimento do tema a ser discutido.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 1973. Código de Processo Civil de 2015. Execução por quantia certa contra devedor solvente. Análise dos artigos dos estatutos processuais.

ABSTRACT

This study aims to analyze some changes that the new Code of Civil Procedure which will come into force in 2016, will bring the implementation process for certain quantity against a solvent debtor. The study is done on the analysis of the process as a tool for the delivery of jurisdiction, and the wording of the current civil procedure code from 1973, comparing it with the 2015 process status, analyzing both regulatory instruments. It is sought in this article find, from that, the innovations that will

be observed, from 2016, in the process execution for certain quantity against a solvent debtor, whether as a result of changes in the rite of their implementation, is due to the changes in the other books of procedural code that will have application in executory process. This work will approach the traditional literature review, looking up from the case-law and existing doctrine in the area of civil procedural law, the available knowledge in an attempt to expose the best understanding of the theme to be discussed.

Keywords: Civil Procedure Code 1973. Civil Procedure Code of 2015. Execution for certain amount against a solvent debtor. Analysis of the articles of procedural statutes.

Introdução

O novo Código de Processo Civil foi aprovado em 16 de março de 2015 e publicado em 17 de março de 2015.

Conforme leciona Hartmann (2015), uma comissão de juristas, instituída pelo ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009, apresentou, em junho de 2010, um projeto para o novo Código de Processo Civil. Explica que, entre as justificativas para um novo código, encontrava-se a necessidade de recompor a unidade sistemática do processo civil, tendo em vista as inúmeras reformas que o código de 1973 sofrera ao longo dos anos, bem como a demanda por um processo melhor, consubstanciado na criação e eliminação de institutos. O PLS 166/2010 foi aprovado pelo Senado em dezembro de 2010. Após o seu trâmite na Câmara dos Deputados, o PL 8.046/2010 retornou ao Senado, tendo sua votação concluída em dezembro de 2014. Em 16 de março de 2015, foi, enfim, sancionado pela Presidência da República.

Nos termos de seu artigo 1.045, o novo Código de Processo Civil entrará em vigor um ano após a data da sua publicação. Esse novo diploma legislativo trouxe mudanças que alterarão o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente. O objetivo deste artigo é analisar algumas dessas alterações provocadas pelo novo código de ritos a esse procedimento, bem como algumas das mudanças ocorridas nos demais livros do Código de Processo Civil que serão aplicadas igualmente ao processo executório. O presente trabalho terá como metodologia a revisão bibliográfica tradicional, buscando-se, a partir da jurisprudência, da lei e da doutrina existente na área do direito processual civil, o conhecimento disponível, na tentativa de expor o melhor entendimento do tema a ser discutido.

1 A instrumentalidade do processo para a jurisdição

O Estado é o titular da tutela jurisdicional, compreendida como o poder conferido a ele de dizer o Direito ao caso em concreto, dentro de um determinado território geográfico.

As sanções impostas pelo direito pelo descumprimento de um preceito jurídico são impostas por autoridades constituídas no seio das sociedades juridicamente organizadas. John Locke, um dos principais representantes do jusnaturalismo ou teoria dos direitos naturais, já dizia, no século XVII, que, nessas sociedades evoluídas, os homens cedem parte de sua liberdade ao Estado, transferindo a este o poder de apaziguar os conflitos existentes na sociedade, e, assim, deixam de viver num estado de natureza, sem leis e fonte de perigos iminentes, para viver em um estado civil, garantidor de direitos.

> Sendo os homens conforme acima dissemos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem em segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela (LOCKE, 1966).

O mestre alagoano Mello (2003, p. 6) fala da imprescindibilidade do Direito numa sociedade organizada, se constituindo no único meio hábil e eficaz de evitar o caos social e obter uma coexistência harmônica entre os seres humanos:

> O direito é essencial ao homem enquanto homo socialis, isto é, ao homem considerado integrante da sociedade. O homem sozinho não necessita de direito ou de qualquer outra norma de conduta. Por isso, o direito não está na natureza do ser humano, sendo-lhe estranho e dispensável. Somente quando o homem se vê diante de outro homem ou da comunidade e condutas interferem entre si é que exsurge a indispensabilidade das normas jurídicas, diante da indefectível possibilidade dos entrechoques de interesses que conduzem a inevitáveis conflitos.

Explica que as relações interpessoais são, por uma condição intrínseca, geradoras de conflitos. Dessa forma, Cintra, Dinamarco e Grinover (2007) lecionam que o interesse é uma relação que se

estabelece entre um indivíduo e um determinado bem da vida, seja esse bem material ou imaterial. Quando, por sua vez, esse interesse não é satisfeito, seja por uma proibição do próprio Direito, seja por uma pretensão resistida, estabelece-se aí um conflito.

Ensinam que existem três hipóteses para solucionar os conflitos que se estabelecem entre os indivíduos. A primeira delas é a autotutela, ou autodefesa, que consiste no uso arbitrário da força e dos meios para fazer prevalecer a vontade própria sobre a vontade alheia. Pode ser utilizada a força física ou econômica. Como ensinam Arenhart e Marinoni (2007, p. 32):

> Antigamente, quando o Estado ainda não tinha o poder suficiente para ditar normas jurídicas e fazer observá-las, aquele que tinha um interesse e queria vê-lo realizado fazia, através da força, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Na verdade, realizava seu interesse aquele que tivesse força ou poder para tanto, prevalecendo a denominada "justiça do mais forte sobre o mais fraco".

Por razão lógica, tal defesa é proibida pelo Direito no atual estágio da ordem jurídica, ressalvadas específicas exceções.

A segunda espécie é a autocomposição, ou seja, quando um ou todos os sujeitos envolvidos no litígio renunciam, em todo ou em parte, o seu direito, desde que não se trate de direitos da personalidade.

Por fim, a última maneira de pacificar os conflitos sociais é mediante a atuação de um terceiro imparcial, no caso, o Estado, que age mediante a prestação jurisdicional.

Com efeito, o Estado, ao proibir a autotutela, tomou para si o monopólio de jurisdição, ou seja, de dizer o direito ao caso em concreto, solucionando um conflito entre seus jurisdicionados. Lecionam Arenhart e Marinoni (2007, p. 33) que, em consequência disso, "ou seja, diante da proibição da autotutela, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da própria força o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação", e que, se ao particular foi imposta a proibição de exercer a ação privada de tutela, e ao Estado atribuído o poder de resolver os conflitos entre os jurisdicionados, o Direito tem a obrigação de propiciar ao cidadão uma tutela correspondente à realização da ação privada que foi proibida.

Contudo, o Estado atua mediante a provocação da parte interessada. Nesse sentido é o processo o instrumento disponível a ser utilizado pela parte interessada, que visa promover a atuação estatal, para, ao fim, dizer o Direito que solucionará o conflito de interesses.

O acesso à jurisdição estatal é um direito fundamental. Esse direito está previsto no art. 5° da CF/88, também denominado direito de petição. O art. 5°, XXXIV, da Constituição Federal assim dispõe:

> Art. 5° - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
> a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

E, por sua vez, o exercício do direito constitucional da ação resulta na instauração do processo e, a partir daí, as normas processuais é que regulam tudo quanto se refira à ação. Uma vez estabelecido o processo, nasce entre as partes envolvidas uma relação jurídica processual. Sobre a questão, lecionam Cintra, Dinamarco e Grinover (2007, p. 300):

> A relação jurídica é exatamente o nexo que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições e ônus. Através da relação jurídica, o direito regula não só os conflitos de interesses entre as pessoas, mas também a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado bem comum.

Sendo o processo um conjunto de atos concatenados que visa ao fim promover a prestação jurisdicional do Estado, detentor desse monopólio, o indivíduo inserido nessa sociedade organizada garantidora de direitos deverá, para obter um provimento jurisdicional capaz de solucionar o conflito de interesses, aforar o pedido através do processo.

2 Algumas inovações do novo Código de Processo Civil que terão aplicação no processo de execução por quantia certa contra devedor solvente

O processo de execução por quantia certa contra devedor solvente é tratado no novo Código de Processo Civil no seu livro II, título II, capítulo IV, que corresponde aos artigos 824 a 909. O novo estatuto, embora tenha mantido muitas disposições do código de 1973, por vezes melhorando a redação da lei anterior, trouxe mudanças no rito. De igual forma, houve alterações

do regime recursal e no processo de conhecimento que impactarão no processo de execução. Parte-se para análise de algumas dessas mudanças.

A primeira alteração a ser salientada é a previsão do artigo 845, § 1º do novo código. Esse dispositivo passou a prever que a penhora de veículos automotores será realizada por termo nos autos, mediante a apresentação da certidão que ateste a sua existência. Tal medida, no código de 1973, era exclusivamente para bens imóveis, nos termos do artigo 658, § 4º. A constrição por termo nos autos ocorre, pelo código em vigor, com a apresentação da matrícula atualizada do imóvel indicado à penhora, independentemente de onde o imóvel estiver localizado. Quanto aos bens imóveis, o artigo 845, § 1º do novo código mantém a mesma previsão.

A segunda mudança ao rito da execução por quantia certa contra devedor solvente é a contida no artigo 843 do estatuto processual que entrará em vigor. Essa norma estabelece que, tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à cota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem. No estatuto de 1973, essa previsão era restrita, pelo artigo 655-B, à proteção da meação do cônjuge alheio à execução. Não obstante a literalidade da norma, são encontradas decisões judiciais aplicando a regra desse artigo 655-B às hipóteses de penhora e venda de bens indivisíveis de condôminos que não sejam cônjuges. Por exemplo, a decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no Agravo de Instrumento número 44961 SP 2009.03.00.044961-2, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, julgado em 09/03/2010, cuja ementa é a seguinte:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE IMÓVEL INDIVISÍVEL. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DOS ATOS EXECUTÓRIOS, RESSALVADA A RESERVA, EM CASO DE HASTA PÚBLICA, DA PREFERÊNCIA LEGAL DOS CONDÔMINOS E DOS VALORES CORRESPONDENTES ÀS FRAÇÕES IDEAIS DOS CO-PROPRIETÁRIOS NÃO DEVEDORES.
> 1. Para o julgamento monocrático nos termos do art. 557, § 1º, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. De toda sorte, como o agravo ora trazido à Turma julgadora devolve ao órgão colegiado toda a matéria apreciada monocraticamente, tal discussão perde inteiramente sua relevância.

> 2. Sendo o bem indivisível, o fato de seu valor superar o montante da dívida não implica excesso de penhora. O fato de alguns dos co-proprietários de bem indivisível não integrarem o pólo passivo do feito executivo não é, tampouco, suficiente para obstar a realização de atos executórios sobre ele.
> 3. Nesses casos, a solução adequada é a alienação total do bem indivisível (art. 655-B do CPC), reservando-se a parte do produto da alienação correspondente à fração ideal do(s) co-proprietário(s) não-devedor(es). Assim, somente poderão ser utilizados para a satisfação da dívida os valores correspondentes às frações ideais daqueles co-proprietários que constam como devedores.
> 4. Ainda que o artigo 655-B do CPC mencione o cônjuge, é evidente que a lei minus dixit quam voluit: o cônjuge cuja meação é de se resguardar é, portanto, terceiro na execução e condômino sobre o bem, de sorte que a regra é de se aplicar também a qualquer outro caso de condomínio.
> 5. Na verdade, haveria de se adotar essa solução ainda que o CPC não tratasse da matéria, porque é igualmente a recomendada pelo Código Civil, porque o condômino pode exigir a dissolução do condomínio, alienando-se o bem, se for indivisível, em hasta pública e repartindo-se o preço na proporção dos quinhões, preferindo-se qualquer dos condôminos, em igualdade de condições, a qualquer estranho. O Estado-juiz, cujo provimento substitui a vontade do executado na alienação judicial em sede de execução, pode perfeitamente entender que se deva alienar todo o bem, e não apenas a fração ideal, ainda mais quando é evidente a inviabilidade de obter compradores, que seriam posteriormente obrigados a promover a ação divisória.
> 6. Aliás, o procedimento adotado atende substancialmente a todos os objetivos da ação divisória: controle jurisdicional, avaliação prévia, alienação em hasta pública e preferência aos condôminos.
> 7. Os atos executórios sobre o referido imóvel podem prosseguir, ressalvando-se que, em caso de alienação em hasta pública, deverá ser respeitada a preferência dos condôminos e deverão ser reservados os valores correspondentes às frações ideais daqueles co-proprietários que não constam como devedores, já que tais valores não poderão ser utilizados para a satisfação da dívida.

O § 1º desse artigo 843 assegura ao coproprietário ou ao cônjuge alheio à execução o direito de preferência na arrematação do bem em igualdade de condições. Apontam Wambier *et al.* (2015) que essa norma está em harmonia com o artigo 1.322 do Código Civil. Já o § 2º, como lecionam os auto-

res, garante que a cota-parte do cônjuge ou do coproprietário seja calculada tendo por base o valor da avaliação e seja descontada, em sua integralidade, do produto da arrematação do bem. Lecionam ainda que essa norma não impede que a venda seja por valor inferior ao da avaliação, mas obsta que o bem seja expropriado quando o valor a ser pago na arrematação não for suficiente sequer para pagar a cota-parte do cônjuge ou do coproprietário alheio à execução, tendo como parâmetro o valor da avaliação do bem.

Outra novidade trazida pela Lei nº 13.105 é a disposição do artigo 274, § único, que estabelece a validade das intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação do endereço da parte não for comunicada ao juízo. Pelo diploma processual de 1973, artigo 238, § único, presumia-se válida a intimação dirigida ao endereço da parte constante da petição inicial, contestação ou embargos. A nova regra, portanto, amplia a validade dessa intimação, do endereço declinado na petição inicial, contestação ou embargos para simplesmente o endereço constante dos autos. Essa observação é apontada por Amaral (2015). O § 4º do artigo 841, ao tratar da intimação do executado, sem advogado constituído nos autos, acerca da penhora, empresta solução idêntica, fazendo remissão ao artigo 274, § único. Logo, caberá ao executado devidamente citado, ainda que não constitua procurador, manter o seu endereço atualizado no processo, sob pena de presumir-se válida a sua intimação dirigida ao endereço onde foi citado no processo de execução.

Deve ser salientado que, de acordo com o novo Código de Processo Civil, o cabimento do recurso de agravo de instrumento ficou restrito às hipóteses constantes em rol taxativo do artigo 1.015, incisos I a XIII. No entanto, no que concerne ao processo de execução, o § único desse artigo manteve a recorribilidade de todas as decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento. No regime do código de 1973, essas decisões eram agraváveis de instrumento por dois motivos: em razão da sua incompatibilidade com o agravo retido, na medida em que não haveria sentença para que o agravante requeresse, em preliminar de apelação, que o Tribunal conhecesse do recurso, como dispõe o atual artigo 523; e porque, com frequência, essas decisões sempre são capazes de causar ao agravante lesão grave e de difícil reparação, o que faria abrir a permissão para a interposição do agravo de instrumento ao invés do agravo retido, conforme a previsão do artigo 522 do diploma ainda em vigor. Aqui, cabe dizer que no código de 2015 não há mais o agravo retido, e as decisões que tiverem resolvido questões da

fase de conhecimento não ficarão cobertas pela preclusão, cabendo à parte prejudicada suscitá-las novamente em preliminar de apelação ou contrarrazões, para que o Tribunal delas conheça, nos termos do artigo 1.009, § único.

A quinta alteração que merece atenção é a do artigo 212, § 2º do novo estatuto de processo civil. De acordo com ele, independentemente de autorização judicial, as citações, intimações e penhoras poderão realizar-se no período de férias forenses e nos feriados ou dias úteis fora do horário compreendido entre as 6 (seis) e 20 (vinte) horas, observando-se o direito à inviolabilidade do domicílio previsto no artigo 5º, XI da Constituição Federal. No código de processo em vigor, os atos processuais só poderiam ser praticados nesses períodos de forma excepcional e mediante autorização expressa do juiz. Assim, não haverá mais a necessidade de o credor requerer o benefício do artigo 172, § 2º do código de 1973, porque essa possibilidade de prática desses atos processuais nesse período de férias, feriados e fora do horário entre as 6 (seis) e 20 (vinte) horas passa a ser automática.

O artigo 293 do novo Código de Processo Civil mudou o regime da impugnação ao valor da causa. Essa impugnação passará a ser processada nos mesmos autos da ação principal e deverá ser arguida em preliminar de contestação, sob pena de preclusão. Pelo regime anterior, essa impugnação era oferecida no prazo da contestação; porém, autuada em apenso, não suspendendo o trâmite do feito principal, conforme artigo 261 do estatuto atual. Portanto, oferecidos embargos à execução, poderá o embargado, independentemente de petição inicial, impugnar o valor atribuído aos embargos à execução em preliminar de impugnação a estes embargos. Sem dúvida, essa alteração tornará mais simples e prático o ato de impugnar o valor da causa estabelecido pela parte embargante.

A fraude à execução no novo código processual veio delineada no artigo 792. Esse dispositivo veio prevendo que é considerada fraude à execução a alienação ou a oneração de bem em cinco situações distintas. A primeira delas, quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; a segunda, quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do artigo 828. Esse artigo traz a certidão que atualmente está prevista no artigo 615-A; a terceira, quando houver sido averbada, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial ori-

ginário do processo em que foi arguida a fraude; a quarta, que atualmente corresponde ao artigo 593, II, quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; por fim, será considerada fraude à execução a alienação ou oneração de bens nos demais casos expressos em lei.

Sob a luz do código de 1973, foi instaurada divergência sobre a existência de fraude à execução diante da alienação de bem no curso do processo, porém antes do registro da penhora ou antes da averbação da certidão do artigo 615-A do Código de Processo Civil de 1973. O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 375, que dispõe que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. A questão chegou novamente ao Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 956.943-PR, julgado em agosto de 2014. Nele, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, entendeu que a fraude à execução depende, para sua caracterização, somente do que exige o artigo 593 do Código de Processo Civil, ou seja, da existência de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e da alienação do patrimônio do executado no seu curso, cabendo ao terceiro adquirente provar que agiu de maneira diligente, escapando de seu alcance maneiras de tomar ciência acerca dessa ação judicial. Abriu divergência o Ministro João Otávio de Noronha. Para ele, é tradição do direito presumir a boa-fé das pessoas, cabendo a quem alega provar o contrário. Neste sentido, não caberia ao terceiro adquirente provar a sua diligência, mas sim ao credor, exequente, trazer em juízo elementos idôneos para demonstrar que era de ciência dessa pessoa a existência da demanda capaz de comprometer o patrimônio da parte executada. A esse entendimento se filiou a maioria do Tribunal. A Corte Superior, então, julgando o recurso sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou a seguinte tese, assim ementada:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375D STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.
> 1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:
> 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375D STJ).
1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.
1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.
1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.
2. Para a solução do caso concreto:
2.1. Aplicação da tese firmada.
2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

Como se percebe da leitura do artigo 792 no novo código processual, foram estabelecidas cinco hipóteses distintas de fraude à execução. Dentre elas, três merecem destaque. A primeira, a hipótese em que a alienação ou oneração do bem seja feita após o registro de hipoteca judiciária ou do registro da constrição do bem; a outra, quando essa alienação ou oneração é feita após a averbação da certidão da existência do processo de execução, nos termos do artigo 828, o qual se equivale ao atual artigo 615-A; e, ainda, uma outra e terceira hipótese, quando essa alienação ou oneração tenha ocorrido no curso de uma ação contra o devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência.

Logo, depreende-se que o legislador estabeleceu três situações distintas. Para as duas primeiras, ele condicionou a fraude à execução ao registro da hipoteca judiciária ou da constrição judicial e à averbação da certidão de existência da execução no registro do bem. Porém, para a terceira hipótese, a lei não condicionou a fraude à execução a qualquer registro ou averbação. Além disso, foi previsto no § 2º do artigo 792 que, no caso de aquisição de bem não sujeito a registro, ao terceiro adquirente cabe o ônus de provar que atuou de forma diligente, adotando as cautelas necessárias para a aquisição do bem, através de exibição de certidões obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

Diante desse novo cenário, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula 375, e posteriormente revigorada no Recurso Especial nº 956.943-PR, julgado sob o rito do artigo 543-C, precisará ser revista. No julgamento desse recurso, esse Tribunal entendeu que a alienação ou oneração de bem pode ser considerada fraude à execução, desde que haja o registro da penhora, o que o novo Código de Processo Civil tratou no inciso III do artigo 792, ou contanto que haja a averbação da certidão do artigo 615-A no registro do bem, o que o novo código tratou no inciso II do artigo 792. Mas o novo diploma processual reforçou a existência de uma terceira situação em que pode ser configurada a fraude à execução, prevendo, em seu artigo 792, inciso IV, que é considerada fraude à execução a alienação ou oneração do bem quando, ao tempo desse ato, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência. E essa terceira hipótese não se confunde com as outras duas. Neste sentido, a fraude à execução, quando não houver o registro de penhora ou hipoteca judiciária ou averbação da certidão do artigo 828 do novo diploma de processo civil, dependerá da alienação ou oneração do bem quando, ao seu tempo, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, cabendo o ônus de provar a sua diligência ao terceiro adquirente, quando se tratar de bem não sujeito a registro. Por outro lado, neste ponto, ensina Amaral (2015) que, em se tratando de bem sujeito a registro próprio, como ocorre com os bens imóveis, seguirá sendo aplicado o entendimento já sufragado na súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, vale dizer, caberá ao autor ou exequente provar a má-fé do terceiro adquirente.

A nova previsão do § 2º do artigo 792 aproxima-se do que foi exposto pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 956.943-PR, quando da lavratura de seu voto nesse recurso. Disse ela, sob a perspectiva da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual estabelece que o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la conforme as circunstâncias fáticas de cada caso, que o terceiro adquirente reúne total condições de provar ter agido de boa-fé, ao passo que ao exequente é praticamente impossível provar a má-fé desse terceiro. Cabe a este terceiro se acautelar minimamente acerca da existência de processos envolvendo o vendedor do bem, mediante a busca de certidões dos cartórios distribuidores judiciais ao menos da residência do vendedor e da situação do bem. Essas diligências mínimas por parte desse terceiro demonstrariam uma situação a partir da qual seria razoável concluir que ele não teria como ter conhecimento da situação

de insolvência do vendedor ou da existência de ações contra ele ajuizadas. Por outro lado, sem essa cautela mínima, estaria aberta a via do reconhecimento da fraude à execução fundada na alienação ou oneração de bens no curso de um processo contra o vendedor.

Em 19 de janeiro de 2015, foi publicada a Lei nº 13.097. Esse diploma legal passou a prever, em seu artigo 54, IV, combinado com o seu artigo 56, que os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenha sido registrada ou averbada na matrícula do imóvel a existência de outro tipo de ação, diversa de uma execução ou cumprimento de sentença, cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Essa averbação será realizada por determinação judicial e conterá a identificação das partes, o valor da causa e o juízo para o qual a petição inicial foi distribuída. Já o parágrafo único desse artigo 54 estabelece que a falta dessa averbação impede que sejam opostas ao terceiro adquirente de boa-fé situações jurídicas não constantes da matrícula.

No entanto, o novo Código de Processo Civil, norma posterior regulando a mesma matéria, revogará em 2016, quando de sua entrada em vigor, as disposições da Lei nº 13.097 que forem com ele incompatíveis, nos termos do artigo 3º da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Nesse mesmo sentido é a lição de Bueno (2015).

Outra novidade trazida pelo código de 2015 é a previsão do artigo 827, o qual passou a fixar os honorários advocatícios, nos processos de execução por quantia certa contra devedor solvente, em 10% do valor exequendo. Atualmente, o valor dos honorários é fixado conforme os parâmetros do artigo 20, § 4º, ou seja, segundo apreciação equitativa do juiz, levando-se em conta o grau de zelo do advogado, o lugar da prestação do serviço, a natureza, a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço, sem, contudo, necessariamente, respeitar o limite mínimo e máximo de 10% e 20% estabelecidos no § 3º do mesmo artigo 20. A partir da vigência do novo código, portanto, o valor dos honorários na execução será de 10%. Porém, em caso de embargos à execução rejeitados, o valor dos honorários na execução poderá ser majorado para até 20%, nos termos do § 2º do artigo 827. Não haverá mais condenação em honorários nos autos dos embargos, mas sim essa

majoração. Ela também poderá ocorrer ao final da execução, levando-se em conta todo o trabalho realizado pelo procurador do exequente.

Também inova o novo Código de Processo Civil ao exigir do credor que a sua petição inicial venha instruída com demonstrativo de débito que contenha o índice de correção monetária adotado; a taxa de juros aplicada; os termos inicial e final de incidência do índice de correção monetária e da taxa de juros aplicada; a periodicidade da capitalização de juros, se for o caso; a especificação de desconto obrigatório realizado. Essa disposição está no seu artigo 798, parágrafo único, e não encontra norma semelhante no Código de Processo Civil de 1973. Com essa nova regra, caberá ao exequente, ao postular a tutela jurisdicional, observar essas novas disposições processuais, sob pena de ser intimado a sanar a irregularidade. Nos termos do artigo 320 do estatuto de processo que entrará em vigor, repetindo a norma do artigo 283 do código vigente, a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Verificando o juiz a ausência desses documentos, determinará ele que o exequente complete ou emende a inicial, indicando com precisão o que precisa ser corrigido ou completado, consoante a regra do novo artigo 321. A respeito desse artigo 321, Amaral (2015) leciona que a norma contempla os princípios da cooperação e da não surpresa, fomentando o diálogo do juiz com as partes e evitando que o processo se transforme em jogo de adivinhações. No livro que trata do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, o artigo 801 contém norma semelhante, muito embora não faça referência expressa à obrigatoriedade do juiz indicar com precisão o ponto que depende de correção. No entanto, acredita-se que, também aqui, os princípios indicados por Amaral (2015) devam ser observados.

Outra novidade do novo código processual é a possibilidade de penhora de salário, vencimentos, subsídios, soldos, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, quantias recebidas por liberalidade de terceiros destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ainda que a dívida exequenda não se refira a pagamento de prestação de alimentos. De acordo com o artigo 833, § 2º, quando essas importâncias recebidas excederem a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, estará aberta essa nova exceção à impenhorabilidade. Conforme apontado por Delizoicov (2015), trata-se de uma significativa alteração na legislação processual.

Esse mesmo parágrafo 2º também veio, de forma inovadora, autorizar a penhora de quantia depositada em caderneta de poupança, ainda que inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, quando se tratar de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem. Conforme ensinam Wambier *et al*. (2015), a impenhorabilidade de quantia depositada em caderneta de poupança dá-se em razão da política governamental da casa própria. Observam, contudo, que essa impenhorabilidade só poderia ser oposta em face de obrigação inadimplida após essa quantia estar depositada na caderneta de poupança, já que, caso contrário, seria muito fácil frustrar o êxito da execução, através de transferência bancária de valores para a conta poupança.

O artigo 247 do novo código de ritos, ao tratar das hipóteses de citação através de oficial de justiça, excluiu do seu rol o processo de execução. No código de 1973, a citação no processo de execução dá-se através de mandado, nos termos do artigo 222, alíena 'd'. A despeito da alteração, Wambier *et al*. (2015) sustentam que na vigência do novo código deverá remanescer a citação através de oficial de justiça no processo de execução. Aduzem que o ato citatório nesse procedimento mostra-se complexo, conjugando a atividade de citação e ciência acerca das consequências quanto à ausência de pagamento voluntário, o que demanda robusta segurança no que concerne à citação do devedor. Concluem afirmando que o § 2º do artigo 806 expressamente alude a mandado de citação.

O § 3º do artigo 659 do Código vigente determina que o oficial de justiça, caso não encontre bens passíveis de constrição, descreva na certidão os que guarnecem a residência ou o estabelecimento comercial do devedor. Com a vigência do novo Código, elaborada essa lista, o executado ou o seu representante legal será nomeado depositário provisórios desses bens, até que haja uma segunda decisão em sentido contrário. Como aponta Amaral (2015), o executado ou o seu representante legal estarão submetidos ao disposto no artigo 161, § único do Estatuto de Processo de 2015, que trata das consequencias pela inobservância dessa função por esses sujeitos.

Por fim, o artigo 828, § 3º supre uma lacuna que há no Código de Processo Civil de 1973. É exigência, tanto do código de 1973 quanto do diploma de 2015, que ao se proceder à averbação da certidão do artigo 615-A do primeiro e à averbação do artigo 828 do segundo o exequente comunique essa averbação ao juízo no prazo de 10 (dez) dias. No entanto, o código atual silencia sobre as consequências da falta dessa co-

municação. Já o estatuto que entrará em vigor em 2016 estabelece que o juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não faça essa comunicação no prazo de 10 dias da concretização da averbação.

Conclusão

Essas são algumas das alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrará em vigor em 2016, ao processo de execução por quantia certa contra devedor solvente, seja em decorrência de mudanças no próprio rito, seja em razão de alterações nos demais livros do estatuto processual civil que serão observadas também no processo de execução. Elas são mudanças pertinentes. Algumas trarão uma maior eficiência ao processo executivo; outras suprirão lacunas existentes no código atual, ou, ainda, melhorarão a redação atual. Caberá aos operadores do Direito interpretar suas disposições, aplicando as suas normas, na busca de um processo de execução que cada vez mais traga resultados concretos à satisfação do crédito do exequente, preservando, por outro lado, os direitos do executado.

Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007. v. 2.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Arújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DELIZOICOV, Daniel Krobath. Enfim, um novo Código de Processo Civil. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 15, p. 223-228, 2015. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistasunimep/index.php/direito/article/view/2505/1458>. Acesso em: 3 out. 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. O Novo Código de Processo Civil: Uma breve apresentação das principais inovações. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 235-281, mar./maio 2105. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista68/revista68_235.pdf>. Acesso em: 3 out. 2015.

LOCKE, John. **Two treatsises of civil government**. Tradução de Cid Knipell Moreira. London: Everyman's Library, 1966.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, Teresa Arrua Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Parte 2

ARTIGOS

Gerais

Pesquisa, diagnósticos genéticos e propriedade intelectual

Cláudio Gehrke Brandão
Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Mestrando em Direito, com área de concentração em Direitos Humanos, pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – Laureate International Universities
Graduado em Administração de Empresas pela UFRGS
Ricardo Libel Waldmann
Advogado nas áreas de Direito Urbanístico e Ambiental no Rio Grande do Sul
Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis – Laureate International Universities e da PUCRS
Doutor em Direito pela UFRGS

RESUMO

O presente artigo trata das questões éticas e jurídicas relativas ao avanço da biotecnologia, abordando diversos aspectos relativos à proteção dos direitos intelectuais, pesquisa e diagnósticos genéticos e clonagem.

Palavras-chave: Direitos intelectuais. Genética. Clonagem. Patentes.

ABSTRACT

The present article is above etic and legal questions juridical concerned to the advance the biotecnology boarding differents aspects, regarding to protection of intelectual rights, research genetics diagnosis and replication of cells.

Keywords: Intelectual Rights. Genetic. Replication of Cells. Trade Marks.

Introdução

É inegável que a pesquisa genética tem adquirido uma relevância cada vez maior, seja por representar a esperança de cura para diversos problemas de saúde, seja em razão dos potenciais resultados financeiros que possam advir desses novos tratamentos. Entretanto, é indispensável avaliar com redobrada atenção

as implicações geradas pela crescente evolução dessa importante área.

Ao mesmo tempo em que a pesquisa genética constitui valioso instrumento para aperfeiçoar tratamentos de saúde e prolongar a vida humana, também faz com que nos deparemos com aspectos éticos de extrema importância, abrangendo questões que vão desde o descarte dos materiais empregados até os supostos benefícios gerados pelos tratamentos genéticos.

Por outro lado, é preciso ter em mente que, ao mesmo tempo em que a pesquisa genética gera inúmeros benefícios - sendo imprescindível para o tratamento de várias doenças -, também propicia diversos questionamentos de ordem ética, para muitos dos quais ainda não há necessariamente uma resposta.

Embora, conforme veremos, não existam respostas imediatas para diversas questões levantadas pela pesquisa genética, não há como deixar sua solução sob o arbítrio individual de cada pesquisador. Também não há como aguardar indefinidamente um consenso que permita chegar a uma definição unânime sobre os procedimentos admitidos, sob pena de se negar tratamentos que podem beneficiar diversas pessoas portadoras de doenças graves, que não dispõem de tempo infinito para suportar os sofrimentos impostos por suas enfermidades.

Ao mesmo tempo em que a excessiva permissibilidade pode gerar consequências nocivas para a população, tais como a diminuição da biodiversidade e a poluição genética, também não há razão para impedir o avanço, com critérios adequados das pesquisas que podem gerar inúmeros benefícios para a vida humana.

O presente artigo irá examinar algumas questões de maior interesse relacionadas com a pesquisa genética, tais como os direitos intelectuais referentes à matéria – incluindo aqueles relativos aos medicamentos –, os testes e diagnósticos genéticos, e, ao final, serão examinados alguns aspectos relativos ao procedimento de clonagem, com o objetivo de divulgar e incentivar um estudo mais pormenorizado sobre os temas propostos, em razão da sua relevância em relação aos mais variados aspectos da vida humana.

1 A proteção dos direitos intelectuais

A proteção dos direitos intelectuais é realizada principalmente através das disposições contidas na Lei nº 9.279/1996 – que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial –, por meio da Lei nº 9.610/1998 – que regula os direitos

autorais – e também pela Lei nº 9.456/1997 – que trata da proteção de cultivares.

Além disso, não há como deixar de mencionar a constante influência exercida pelos acordos internacionais que tratam da matéria, especialmente o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual - TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intelectual Property Rights), bem como pela Organização Mundial da Propriedade Industrial (OMPI).

Aliás, as questões envolvendo a propriedade intelectual, inclusive na área de biotecnologia, deixaram definitivamente de ser de interesse exclusivo do inventor, passando a constituir objeto de política industrial, fundamental ao desenvolvimento das nações.[1]

A indústria farmacêutica, por exemplo, onde há contínua pesquisa e aplicação de processos e produtos, utiliza as patentes e as marcas como instrumento de preservação de mercado. Com efeito, nessa área, são realizados grandes investimentos em pesquisa e desenvolvimento até que seja possível obter um medicamento apto para tratamento de determinada enfermidade. Após ter sido obtido o referido medicamento, de modo geral, a sua produção não envolve o mesmo volume de recursos, podendo ele ser reproduzido com relativa facilidade. Assim, em tese, uma vez descoberto um novo medicamento, não fossem as garantias conferidas pela legislação de propriedade intelectual, haveria a possibilidade de sua imediata reprodução por outros fabricantes concorrentes.

A exclusividade conferida pela patente no artigo 42 da Lei nº 9.279/1996, portanto, permite à empresa recuperar os recursos empregados na pesquisa para obtenção do medicamento, além de constituir-se em estímulo para a continuidade dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos (PICARELLI; ARANHA, 2001, p. 162).

Ultrapassado o prazo de 20 anos da patente previsto no artigo 40 da Lei nº 9.279/1996, a tecnologia do medicamento de marca ou referência passa a ser de domínio público. A produção do medicamento genérico faz uso dessa tecnologia, possuindo um preço mais em conta, tendo em vista não ser necessário arcar com os custos de pesquisa e desenvolvimento (BARBOSA, 2001).

---

[1] Scholze (2001, p. 34), relata que "o Brasil – onde a pesquisa em saúde humana, especialmente a biotecnológica desempenha papel estratégico, dada a riqueza de nossa biodiversidade e a qualidade de nossos cientistas e instituições de pesquisas – tem abrigado, em ocasiões recentes, esse debate sobre as interferências recíprocas entre o avanço do conhecimento, a propriedade econômica e legal de seus resultados e a reflexão ética".

A marca, por sua vez, também é um valioso instrumento para a referida indústria, pois garante a fidelidade do consumidor, mesmo após a patente já ter expirado. Ela, na verdade, agrega valores como qualidade e segurança, que influem decisivamente no momento de aquisição do bem ou serviço (COPETTI, 2007). Exemplo disso são medicamentos e produtos que, embora tenham sido desenvolvidos há mais de 20 anos, ainda são consumidos em razão de sua marca, tal como ocorre, por exemplo, com a Aspirina.[2]

Na área farmacêutica também despontam as questões sobre o patenteamento de espécies da biodiversidade. Existem diversos segmentos que se manifestam a respeito, uns defendendo o patenteamento sem restrições, outros impondo algumas, e há também aqueles que são radicalmente contra qualquer tipo de patenteamento da matéria genética (PICARELLI; ARANHA, 2001).

É necessário registrar que vários fatores fazem com que a pesquisa na área de biotecnologia não seja simples. Em primeiro lugar, na maioria das vezes, o tempo despendido para alcançar algum resultado é bastante expressivo, envolvendo inúmeros testes entre várias gerações dos experimentos.

Também não há qualquer garantia de êxito, ou seja, o risco de insucesso é bastante alto. Além disso, os recursos necessários são igualmente expressivos, sendo preciso custear material e pesquisadores por longo tempo. Por outro lado, ao contrário do que ocorria com as empresas estabelecidas anteriormente, as empresas de biotecnologia pertencem a uma nova categoria em que os ativos de maior valor são imateriais formados pelo conhecimento e não por bens corpóreos.

Os direitos de propriedade intelectual, com frequência, hoje pertencem a empresas e não ao inventor, uma vez que a produção do inventor empregado, via de regra, é de titularidade da empresa[3], e, mesmo quando o inventor/pesquisador atua de forma independente – o que é cada vez mais raro –, na maioria das

---

[2] Barbosa (2001, p. 90), avaliando o papel da marca nos medicamentos, revela que na "esfera de comercialização são protegidas as formas, por meio dos desenhos e das marcas (nomes, cores, etc.), objetivando seduzir o consumidor atraindo-o para uma mercadoria específica entre mercadorias semelhantes substitutas, possibilitando o aumento das vendas do produtor sem alterar quantitativamente a demanda global".

[3] Art. 6º Lei nº 9.279/1996 – "Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei.
§1º Salvo prova em contrário, presume-se o requerente legitimado a obter a patente.

vezes transaciona os direitos de sua invenção, pois não dispõe dos recursos necessários a sua produção e colocação no mercado.[4]

De modo geral, a alienação dos direitos relativos ao invento não envolve a participação no produto obtido. Assim, a alienação do invento termina sendo realizada por valores bem distantes daqueles que seriam suficientes para manter o pesquisador e incentivá-lo a prosseguir nas pesquisas.

Embora seja inegável que hoje existe uma configuração totalmente distinta no que se refere à posição do inventor/pesquisador, uma vez que sua autonomia é cada vez mais condicionada aos interesses das empresas em que atua na condição de empregado, é preciso não esquecer que ele é a peça fundamental no avanço da ciência e dos benefícios que dela decorrem. É natural, portanto, que ocorra uma valorização do seu trabalho de acordo com a importância da pesquisa realizada e dos benefícios obtidos. Cabe também ao Estado e às empresas estimularem a pesquisa, aliando a criatividade dos pesquisadores aos interesses sociais e não apenas econômicos.

---

§2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade".

Art. 88 Lei nº 9.279/1996 – "A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resultante esta da natureza dos serviços para os quais o empregado foi contratado.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício".

[4] Conforme Del Nero (1998, p. da citação?), "Ainda quanto à titularidade das invenções e das cultivares, verifica-se que a legislação de propriedade industrial permite que as grandes empresas que atuam na área de biotecnologia vegetal possam, na prática, obrigar os pequenos inventores a explorar suas patentes ou seus registros, em prazos determinados e, geralmente, muito curtos, sob pena de perdê-la para o 'domínio público', ou aliená-la às grandes agências detentoras de tecnologia, o que parece ser a hipótese mais provável". Kretschmann (2008, p. 127) esclarece que "a autoria e titularidade não podem ser confundidas, apesar de muitas vezes concentradas na mesma pessoa. A titularidade pode ser originária ou derivada, e a pessoa jurídica pode ser titular, tanto originariamente (no caso de obra organizada por pessoa jurídica a esta caberá a titularidade das prerrogativas patrimoniais, art. 17, § 2º, da Lei 9610/98), quanto derivadamente (o que é mais simples e constatado em virtude de cessão ou encomenda, por exemplo)".

A legislação de propriedade intelectual, no parágrafo II do art. 19 e em seu art. 24, inclusive exige a descrição do invento e/ou o depósito, de modo a disseminar o conhecimento, fomentando a pesquisa e desenvolvimento de novos produtos que gerem benefícios para o maior número de pessoas possível.[5] É o chamado princípio da divulgação ampla do invento, revelação ou *disclosure*.[6]

Entretanto, o acesso às informações sobre o invento tem sido realizado mediante uma descrição restrita e formal que, na prática, não permite a sua reprodução, gerando prejuízo à divulgação para fins de pesquisa e desenvolvimento de novos produtos.[7] Tal procedimento é adotado visando resguardar o mercado

---

5 Art. 19 da Lei 9.279/1996 – "O pedido de patente, nas condições estabelecidas pelo INPI, conterá:
I – requerimento;
II – relatório descritivo;
III – reivindicações;
IV – desenhos, se for o caso;
V – resumo; e
VI – comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito".
Art. 24 da Lei 9.279/1996 – "O relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução".

6 Del Nero (1998, p. 92-93) trata sobre o requisito do *disclosure* apresentando as seguintes considerações: "Finalmente, o requisito da revelação. Trata-se de requisito da maior relevância e que deve ser observado para a concessão do privilégio de patente. O requisito da revelação também é conhecido internacionalmente como *disclosure* e consiste no detalhamento do invento que deve ser descrito no pedido de patente. Esse detalhamento deve ser suficientemente claro, a fim de permitir que uma pessoa habilitada possa reproduzi-lo. Esse requisito é normalmente preenchido mediante a apresentação de uma descrição do invento por escrito, acompanhada, quando necessário, dos respectivos desenhos e projeto". A referida autora prossegue com uma analogia bastante didática sobre o mencionado instituto: "A revelação de uma patente industrial pode atingir tanto um produto quanto um processo específico e traduz a idéia de uma 'vitrine': o interessado em utilizar ou avançar em uma determinada tecnologia pode utilizar-se do acervo registrado que se encontra disponível no INPI".

7 Hammes (2002, p. 310) registra a seguinte analogia: "É que o conhecimento patenteado é apenas um ponto do conhecimento tecnológico total que chega aos países em desenvolvimento. Das patentes se poderia dizer que, como acontece com os balanços, ocultam mais do que revelam. Bem mais importante que a própria patente é o know-how, isto é, os segredos de fabricação, as fórmulas, os processos, os planos, etc. Deste modo, ainda que a falta de patentes no Brasil permitisse a cópia de processos e produtos da indústria estrangeira, sem a possibilidade de obter o indispensável know-how ou assistência técnica, os produtos e processos copiados seriam forçosamente de menor qualidade, o que não é admissível, especialmente no campo dos medicamentos, que, por sua própria natureza, exigem alto grau de pureza e qualidade".

do ingresso de novos produtos concorrentes, favorecendo os produtores já existentes.[8] De igual modo, os países desenvolvidos pressionam para que os demais alterem a legislação de modo a preservar seus interesses econômicos.

Não há como ignorar, portanto, a magnitude dos interesses envolvidos na biotecnologia e nos aspectos jurídicos que visam a sua regulamentação. Com efeito, como avaliar corretamente questões que envolvem a pesquisa genética, onde, muitas vezes, os interesses são conflitantes? Seria correto, por exemplo, deferir direitos de exclusividade nessa área, restringindo o direito dos pesquisadores?

E se, ao contrário, permitíssemos o livre acesso, sem restrições, não estaríamos prejudicando os investimentos destinados à pesquisa, indispensáveis para obtenção de novos tratamentos e medicamentos, que requerem muitos anos de estudo e expressivos recursos? A solução para todas essas questões, entretanto, não é simples. Ao contrário, por suas implicações, está longe de ser definida com base apenas em convicções econômicas, pessoais, religiosas ou ideológicas.

Ao avaliar tais aspectos, com frequência também nos deparamos com um tema recorrente na pesquisa genética, onde há um intenso debate em relação à possibilidade de patenteamento de genes e da sua abrangência, bem como com as consequências desse procedimento.

Obviamente que, ainda que se admita o patenteamento de genes em determinadas situações, não há como mantê-lo quando for contrário à legislação – inclusive no que se refere ao preenchimento dos requisitos da propriedade intelectual – e, principalmente, quando implicar privilégio obtido em detrimento da coletividade.

Embora a legislação de alguns países, tais como Estados Unidos e Inglaterra, seja mais flexível em relação ao patenteamento de genes, mesmo sem que ainda tenha sido identificada a sua função, existem diversos outros países em que tal procedimento

[8] Segundo Del Nero (1998, p 146-147): "Portanto, se o princípio da divulgação ampla do invento fosse efetivamente observado, a tecnologia abarcada pelo sistema de patentes seria 'socializada', no que diz respeito às possibilidades de sua reprodução (disclosure), que é um mecanismo lícito e permitido no âmbito das patentes. Do contrário, a forma de repetição do invento torna-se uma medida meramente formal, como requisito para a concessão da patente e, como consequência, ineficaz para o desenvolvimento tecnológico, tornando-se a verdadeira institucionalização hegemônica do monopólio tecnológico, e que se configura no prolongamento da dependência tecnológica".

não é aceito, com fundamento no direito à preservação da identidade genética.

Iacomini (2007, p. 16-17) aborda adequadamente tal questão ao mencionar que "a questão do patenteamento do genoma tem sido muito discutida, tendo em vista os direitos de propriedade sobre regiões do DNA, que constituem a base da vida". A referida autora menciona ainda que:

> o entendimento geral segue no sentido de ser patenteável uma invenção, logo o gene não é uma invenção, e sim uma descoberta de algo que a natureza levou milhões de anos para desenvolver, e diante deste entendimento muitas dúvidas se mantêm sem respostas (IACOMINI, 2007, p. 20-21).

É indiscutível que existem grandes interesses econômicos nas questões relativas ao patenteamento genético, bem como intensos debates sobre o que pode ou não ser objeto de proteção pela propriedade intelectual. Há inclusive quem defenda a impossibilidade do patenteamento genético, por não o considerar passível de proteção individual, sendo um patrimônio de toda a humanidade. Por esse prisma, nenhum gene natural pode ser patenteado (CASTILHO, 2001).

A lei de Propriedade Intelectual Brasileira – Lei nº 9.279/1996 – não permite o patenteamento de parte ou partes do corpo.[9] Entretanto, abre a possibilidade de patenteamento de micro-organismos vivos, desde que atendam aos três requisitos da patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial –, expressamente previstos no inciso III do art. 18 da Lei 9.279/1996.[10]

O art. 8º da Lei 9.279/1996 admite que micro-organismos modificados pelo homem e processos biotecnológicos sejam protegidos por patentes, desde que atendidos os requisitos de

---

9 Art. 10º da Lei nº 9.279/1996 – "Não se considera invenção nem modelo de utilidade:
[...]
IX – o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou o germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais".

10 Art. 18 da Lei nº 9.279/1996 – "Não são patenteáveis:
[...]
III – o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta".

patenteabilidade.[11] Tal previsão, ao menos em tese, viabiliza a continuidade das pesquisas que podem gerar significativos benefícios para o ser humano nas mais variadas áreas, tais como medicina, agricultura, farmacêutica etc.

Assim, na verdade, a legislação brasileira optou por restringir o patenteamento de matérias e procedimentos que, por já existirem na natureza, são enquadrados na categoria de mera descoberta. São, portanto, vedados, em geral, os pedidos de patentes de elementos encontrados na natureza, mas admitindo a patenteabilidade de micro-organismos produzidos artificialmente pelo homem, desde que atendidos os requisitos exigidos pela legislação para concessão da patente.

2 Testes e diagnósticos genéticos

O crescente avanço das descobertas na área genética[12] trouxe, em contrapartida, demandas relativas às suas potenciais aplicabilidades.[13] Embora sejam evidentes os benefícios gerados por maiores alternativas de diagnósticos mais precisos e tratamentos mais eficazes, há também a necessidade de aprender a lidar com tais alternativas, seja no uso adequado de tais técni-

---

11 Art. 8º da Lei nº 9.279/1996 – "É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial".

12 Iacomini (2007, p. 15-16) registra: "A biotecnologia moderna vem sendo muito significativa na questão do patenteamento de matéria viva, vindo a tomar corpo a partir do recente anúncio da conclusão do sequenciamento do genoma humano, visto que é através do conhecimento do código genético que se pretende revolucionar a ciência nos próximos anos. São muitas as informações obtidas com a determinação da sequência do genoma humano, como por exemplo a evolução dos diagnósticos de doenças a partir de amostras de ácido desoxirribonucléico, bem como diante do notável desenvolvimento de medicamentos e também terapias para combater danos sofridos pela humanidade".

13 Cezar (2012, p. 28) faz a seguinte observação: "A busca do saber a respeito de cuidados com a saúde, para evitar a doença e a morte, perpassa os registros da história de todas as culturas, e os recentes avanços da ciência e da tecnologia trazem, ao lado dos inegáveis benefícios para a qualidade e a duração da vida, perplexidades e incertezas de toda a ordem. O que antes era ficção e ocupava o campo do imaginário transfere-se para o campo da ética e do direito: os transplantes, a fertilização assistida, o aconselhamento genético, entre outras possibilidades que a ciência coloca à disposição das pessoas para a satisfação de seus desejos e necessidades, remetem para o âmbito da autodeterminação da pessoa, decisões sobre o termo inicial e o final da vida, ressignificando conceitos seculares como os da eutanásia, aborto, etc.". Conforme bem argumenta a autora, "pouco adiantaria a garantia de acesso a serviços organizados e eficientes, públicos e privados, de assistência à saúde se, em razão da falta de desenvolvimento do conhecimento científico, seus agentes não tivessem condições de estabelecer diagnósticos ou de oferecer os tratamentos adequados às doenças".

cas, seja no relacionamento com os pacientes, com os pesquisadores e com os profissionais de saúde.[14]

É necessário destacar também que cada descoberta científica gera significativo impacto nas relações de pesquisa, exigindo adequação dos respectivos procedimentos. Assim ocorreu, por exemplo, com a fertilização *in vitro*, cujas implicações inclusive geraram reflexos em relação ao descarte de embriões não utilizados, com manifestações contrárias e favoráveis ao referido descarte.[15]

Além disso, o desenvolvimento da pesquisa científica também propicia grandes reflexos nos tratamentos de saúde, exigindo constante atualização dos profissionais envolvidos, bem como atenção no repasse das informações de forma compreensível aos pacientes, de modo a possibilitar que as suas decisões sejam feitas da forma mais consciente possível.

É preciso observar também os princípios da privacidade e confidenciabilidade[16], respeitando os direitos do paciente quanto ao desejo de não ter seus dados divulgados. Mesmo esse direito, no entanto, conforme registra Fernandes (2012), pode ser relativizado, quando, por exemplo, houver risco à vida de terceiros, como no caso de doenças infecto-contagiosas.[17]

---

14 Zatz (2011, p. 40) aborda a questão com extrema clareza devido a sua grande experiência atuando como cientista genética e a prática com as situações diariamente vivenciadas por cientistas, médicos e pacientes. Segundo ela, "um dos primeiros mandamentos da ética médica é informar ao paciente de todos os procedimentos que serão adotados, sendo que no caso de testes de reconhecimento de alguma doença, ele deve conhecer os riscos, os benefícios, os possíveis resultados e tudo o que seria possível descobrir com base em sua análise. O objetivo é deixar a pessoa totalmente informada sobre como esses exames podem eventualmente mudar a sua vida e as possíveis consequências sobre seu organismo ou de sua descendência".

15 Anais do I Congresso Brasileiro de Biodireito, Outubro, Comissão Especial de Biodireito da OAB/RS, 2000.

16 Zatz (2011, p. 49), ao abordar as questões sobre o tratamento genético de doenças graves, esclarece que, "além de fazer a análise técnica de diagnósticos, de probabilidades e de riscos de doença, as pessoas envolvidas no aconselhamento genético precisam também considerar o impacto das informações sobre a vida de seus pacientes. Por isso, os princípios da privacidade e da confidenciabilidade são considerados referências obrigatórias na rotina do nosso trabalho, como de resto representam um pressuposto tão central na área médica que se tornaram um tema regulamentado por inúmeros códigos legais e éticos nacionais e internacionais. Mas, em algumas situações, decidir o que fazer, ou o que é melhor para os consulentes, é praticamente impossível".

17 Fernandes (2012, p. 243-244), por sua vez, menciona que "há casos, porém, em que a divulgação de um dado – se feita de forma séria, conscienciosa e responsável – pode vir a impor-se por razões de ordem pública, inclusi-

Mayana Zatz, por sua vez, por ocasião do I Congresso Brasileiro de Biodireito[18], apresentou diversos casos de doenças genéticas e questões éticas com eles relacionadas. Mencionou, por exemplo, o dilema que surge quando, ao realizar um teste genético para diagnóstico de uma doença hereditária, descobre-se que o pai da criança não é seu pai biológico, registrando que cerca de 10% dos testes de paternidade que são realizados incidem nesse resultado.

Como informar tal fato à família, especialmente quando o resultado do exame de paternidade está vinculado ao de uma doença genética grave? Seria válido denunciar tal situação, que certamente terá reflexos na estrutura familiar, mesmo sem o consentimento das pessoas envolvidas?

Também há outras questões polêmicas, tais como os diagnósticos genéticos que apontam uma predisposição para o desenvolvimento de determinadas doenças poderiam ser utilizados pelos empregadores e planos de seguro e de saúde para negar – ainda que veladamente – a contratação com determinados indivíduos? Nos Estados Unidos, por exemplo, para evitar que isso ocorra, foram criadas leis, vedando a disponibilidade

ve por força da lei, se se tratar de doença endêmica, ou altamente contagiosa. Com efeito, correlacionadas aos deveres à proteção da privacidade dos sujeitos da pesquisa, observam-se situações específicas, especialmente os casos relacionados à genética ou ao câncer. Nestas situações, será necessário, algumas vezes, compartir as informações ou identificar os dados, pois o problema detectado não estará cingido unicamente ao paciente (ou sujeito da pesquisa). O pesquisador deve reportar ao participante os aspectos clínicos indispensáveis a sua possível condição de saúde ou à de pessoas da sua família. Da mesma forma, os mecanismos de sistemas de informação deverão equacionar, na medida do possível, duas situações aparentemente antagônicas: a primeira, consistente na ausência de conhecimento, pelos pesquisadores, acerca da identidade do sujeito de pesquisa; a segunda, imposta pela necessidade de o sistema de informação prever uma forma segura de cruzamento (identificação e anonimização) de dados. O paradoxo não deve levar à estranheza, pois é próprio das situações de vida regradas pelo Direito que, por seus princípios e regras, estabelece os critérios para a ponderação entre bens: no caso, de um lado o interesse público, de outro, a proteção da intimidade".

[18] A renomada cientista – conforme consta nos Anais do I Congresso Brasileiro de Biodireito – relatou, aliás, que o estudo das doenças genéticas é fundamental para a humanidade, tendo em vista a sua maior incidência frente às doenças infecciosas, revelando que cerca de 20% da mortes perinatais no primeiro ano de vida seriam por causas genéticas. Além disso, um terço das crianças internadas em hospitais pediátricos também decorre de causas genéticas e, nas doenças crônicas em adultos, 10% têm um componente genético importante, como diabete, câncer e doenças psiquiátricas, por exemplo (Anais do I Congresso Brasileiro de Biodireito, p. 200).

de informações sensíveis, entre as quais se encontram aquelas relativas aos dados genéticos.

Ainda em relação aos diagnósticos genéticos, será válido disponibilizá-los quando ainda não desenvolvido tratamento para a doença neles prevista? Qual seria a utilidade de ter conhecimento da possibilidade de ter uma determinada doença se não há tratamento para ela?

Qual seria o efeito de diagnósticos prévios em exames pré-natais? Como reagiria um casal ao saber que o exame do seu filho apontou o desenvolvimento de uma doença sem tratamento que irá causar longo sofrimento no decorrer de sua vida? Ademais, como considerar os casos em que há o direito do próprio paciente portador da doença genética de não saber que possui determinada enfermidade sem tratamento disponível?

Há que se considerar ainda que a seleção de genes desejáveis pode conduzir a uma nova forma de eugenia – discriminando indivíduos que não possuem determinadas características genéticas. Embora tentador, seria possível permitir aos pais a seleção das características genéticas para seus filhos? E como garantir que as características escolhidas pelos pais sejam adequadas no futuro para seus filhos?

Os testes genéticos são usualmente conhecidos como exames para diagnosticar síndromes decorrentes de anomalias em determinados genes, tais como a distrofia de Duchenne e a anemia falciforme. Em algumas enfermidades, tais como o câncer de mama, os referidos testes são fornecidos pelos planos de saúde e em alguns hospitais públicos.

Entretanto, além de fornecer o diagnóstico de doenças raras, são cada vez mais comuns os testes genéticos realizados com caráter de prevenção de doenças, bem como visando aprimorar a performance na execução de exercícios físicos e personalizar a dieta mais adequada para cada pessoa.

Atualmente já existem cerca de 14 mil testes genéticos, que avaliam desde ancestrabilidade e aspectos nutrigenômicos até predisposição para sofrer determinadas enfermidades.[19] Falta, no entanto, uma regulamentação específica que discipline a confidenciabilidade dos dados, bem como os procedimentos relativos à eficácia dos exames e a sua disponibilização no mercado, No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) regulamenta os produtos do teste genético, enquanto o procedimento fica sob a fiscalização de outros órgãos, tais como o Conselho Federal de Medicina.

[19] *O Globo*: Testes Genéticos: 'milagres' ainda sem regulamentação, publicado em 18.05.2014.

Zatz (2011, p. 59) também trata desse tema, apresentando questões básicas, cuja discussão é indispensável, tais como:

> quem vai regular o uso de testes genéticos? Quem vai controlar sua confidenciabilidade? Empregadores e companhias de seguros terão acesso às informações genéticas? Esse é um ponto extremamente importante, porque as companhias de seguro e saúde, sem dúvida alguma, tem grande interesse em monitorar quais são os genes que predispõem a doenças cardíacas, o câncer, etc. antes de formalizarem um contrato de seguro.

Hoje já há a preocupação com o que se tem chamado de "preservação da intimidade genética", ou seja, o direito do ser humano de proteger as informações relacionadas com seu código genético, evitando que terceiros tenham acesso a tais informações, bem como as utilizem sem o consentimento de seu titular.[20]

Também é preciso lembrar que as pesquisas, com frequência, são realizadas com pessoas que já se encontram acometidas de alguma enfermidade, sendo indispensável aferir e respeitar o seu grau de vulnerabilidade, tendo em vista que, por óbvio, essa condição é mais frágil num doente do que em um indivíduo saudável (CEZAR, 2012, p. 52). Por outro lado, o sistema legislativo, ainda incipiente na matéria, também não fornece todas as respostas que já se fazem necessárias para sanar diversas dúvidas que surgem em decorrência da rápida evolução da pesquisa nessa área.

Cezar (2012, p. 52) menciona a respeito que

[20] Borges (2012, p. 168), ao tratar sobre o direito à privacidade e à intimidade relacionando-o com a questão genética, afirma que "mais um aspecto merece ter abordagem específica sobre a proteção à privacidade e à intimidade e suas conexões com a bioética: a questão da intimidade genética. Uma vez que o código genético de uma pessoa significa informação sobre si, uma questão a ser enfrentada pelo direito e pela ética é a proteção dessa informação. O genoma de um indivíduo carrega a programação de suas características genéticas que poderão ser desenvolvidas ao longo de sua vida. Isso equivale a dizer que o código genético de um indivíduo é a sua identidade genética. Como a biotecnologia avança cada vez mais, as possibilidades de conhecimento da informação contida no genoma de uma pessoa ficam cada vez mais próximas. Decifrar o código genético de uma pessoa é revelar sua identidade, é devassar sua intimidade genética. O acesso a essas informações pode interessar muita gente, levantando questionamentos éticos e jurídicos".

> em nosso ordenamento jurídico não há lei específica que disponha sobre pesquisas com medicamentos ou sobre o consentimento informado em pesquisa, seus elementos, natureza e efeitos, tampouco a respeito das relações que se estabelecem entre o pesquisador, o promotor ou o patrocinador e o sujeito da pesquisa, ou defina os seus direitos.

A referida autora esclarece que

> há, entretanto, regras administrativas que definem os padrões de correção científica, técnica e ética exigíveis para o registro dos protocolos de pesquisa e, em especial, quando compreendem a administração de medicamentos, também em relação à forma de sua disponibilização, às pessoas antes do registro, por envolverem interesses sociais de proteção da atenção à saúde (CEZAR, 2012, p. 70).

Portanto, neste momento, há ainda muito que avançar no estudo da matéria, de modo a possibilitar a avaliação e debate sobre os parâmetros que definirão em quais segmentos de pesquisa genética será possível avançar e de que modo isso será feito. Ao mesmo tempo em que não é possível admitir uma permissibilidade sem critérios em relação à pesquisa genética, também não é possível prescindir desta, dada sua relevância para a vida e saúde de milhares de indivíduos.

Ademais, é também preciso considerar que muitos, como é o caso de pacientes de doenças graves, não possuem condições de aguardar indefinidamente a definição de critérios para tratamentos que poderão gerar melhorias em seu estado de saúde ou até mesmo salvar suas vidas.[21] Para o êxito dessa tarefa, a atuação da área jurídica é fundamental, tendo em vista que é ela que, em última análise, terá papel decisivo ao definir as normas pertinentes à matéria e promover sua aplicação.

A análise jurídica nessa área, portanto, deverá aprofundar-se ao máximo, de modo a fornecer o substrato necessário – de forma tempestiva e qualificada –, viabilizando o prosseguimento da pes-

[21] Fernandes (2012, p. 29), aliás, afirma com propriedade que "a ciência não pode ser impedida de se desenvolver, de buscar amenizar o sofrimento e salvar vidas humanas. Por sua vez, os investimentos econômicos são fundamentais para que as pesquisas científicas possam ocorrer efetivamente. A relação de dependência entre a produção científica e os investimentos em desenvolvimento da pesquisa na área, assim como as questões bioéticas e jurídicas decorrentes do possível patenteamento envolvendo partes do corpo humano, tais como as células-tronco humanas, tornam essas questões de interesse global".

quisa genética e os benefícios dela decorrentes, bem como inibindo práticas lesivas e promovendo a responsabilização daqueles que infringirem as normas estabelecidas sobre a matéria.

Uma das dificuldades hoje enfrentadas pela biotecnologia é justamente sua abrangência, tendo em vista que envolve várias áreas da sociedade, razão pela qual seu tratamento tem sido multidisciplinar. É evidente que, por afetar diversos segmentos, não há como deixar que as relevantes decisões sejam tomadas apenas por um ou alguns indivíduos. Entretanto, também não é possível permitir que a definição dessas relevantes questões seja realizada sem os necessários conhecimentos técnicos que nela estão inseridos. O estudo contínuo e aprofundado, portanto, é pressuposto indispensável para o debate da matéria e a definição das normas que terão o papel de regular sua aplicação.

Exemplo da atuação multidisciplinar, aliás, são os Comitês de Bioética, cuja instalação no Brasil iniciou-se em 1993 no Hospital de Clínicas de Porto Alegre (GOLDIM *ET AL.*, 1998). Tais comitês, embora não consigam sanar todas as questões, constituem valiosa alternativa para buscar respostas aos dilemas relacionados com a pesquisa genética, especialmente nas situações em que faltam leis específicas para tal, permitindo o amplo debate de temas complexos e a indispensável contribuição de profissionais de diversas áreas.

Scholze (2001, p. 33) menciona que

> a interação entre direito e ciência adquire significado especial em nossos dias, uma vez que o poder do direito para elaborar normas sociais deve ser estreitamente entrelaçado com os esforços da ciência para revelar verdades sobre a natureza do mundo físico e sobre o próprio ser humano. A regulação legal de fatos científicos é o momento em que a sociedade constrói suas idéias sobre a legitimidade do conhecimento, a respeito de quem é a titularidade para falar sobre a natureza. Avanços no domínio científico e tecnológico necessariamente requerem reajustes nos comportamentos humanos e institucionais.

Registra ainda que

> quando se modificam as idéias científicas, tende a mudar a própria visão do mundo. Em muitos momentos marcantes da história ocidental, avanço da ciência estimulou esse processo. Assim ocorreu com Copérnico, Galileu, Darwin e, no século XX, com a física nuclear. Como o mais novo ramo das ciências da vida e mais inquietante fronteira do conhecimento humano, as pesquisas genômicas e a biotecnologia é que estão hoje a

> demandar reavaliação de valores e revisão do quadro normativo (SCHOLZE, 2001, p. 33).

A propriedade intelectual, por sua vez, constitui um caminho para estimular a pesquisa garantindo sua continuidade e, ao mesmo tempo, disciplinar a correta exploração de seus resultados. Além disso, conforme já visto, a legislação de propriedade intelectual possibilita, em primeiro lugar, avaliar o que pode ser objeto de proteção e o que não pode.

O artigo 10 da Lei 9.279/1996, por exemplo, não admite o patenteamento de descobertas, técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como de métodos terapêuticos ou de diagnósticos. Da mesma forma, também veda o patenteamento do todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza.[22] A existência de tais limites já torna possível negar diversos pedidos de patentes que, se concedidas, resultariam em significativos prejuízos para a sociedade.

Por outro lado, a legislação referente à Propriedade Intelectual também dispõe de ferramentas para evitar abusos do exercício do direito de exclusividade, tais como o licenciamento compulsório[23], equilibrando os interesses envolvidos e evitando prejuízos para a população.

3 A clonagem

Entre todos os temas relacionados com a pesquisa genética, certamente um dos mais polêmicos é aquele relativo à clona-

[22] "Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:
I – descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
[...]
VIII – técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e
IX – o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais."

[23] "Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.
§ 1º Ensejam, igualmente, licença compulsória:
I – a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou
II – a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado."

gem.[24] A clonagem, durante muito tempo, foi descartada como prática científica viável, seja porque os cientistas não acreditavam nela como possibilidade real, seja porque temiam que a polêmica sobre as questões éticas com ela relacionadas viesse a ocasionar uma escassez de recursos financeiros de fontes públicas e privadas indispensáveis à pesquisa científica. Hoje, entretanto, ela é uma realidade com a perspectiva de aplicações em diversas áreas, inclusive para desenvolvimento de órgãos para transplantes com menor risco de rejeição e de produção de drogas para uso humano. Aliás, foi esse o objetivo que motivou o cientista Ian Wilmut a desenvolver, com sucesso, a clonagem da ovelha Dolly, visto que suas pesquisas visavam produzir animais clonados que possibilitassem produzir drogas para tratamentos de doenças humanas (tais como a hemofilia). A partir dos animais clonados, seria possível, por exemplo, produzir fibrinogênio, uma proteína que auxilia no processo de cicatrização, cuja aplicação seria de grande utilidade em diversas situações (KOLATA, 1998, p. 26-27).

A clonagem hoje já está sendo utilizada inclusive para auxiliar o desenvolvimento de células-tronco produtoras de insulina, contribuindo no tratamento daqueles que têm necessidade dessa substância.[25] Sem mencionar também a sua utilização como alternativa para a infertilidade, quando não for possível gerar filhos de outro modo.

Obviamente que, ainda que possam existir aspectos polêmicos em que a clonagem, em princípio, não deverá ser viabilizada, tais como a clonagem humana[26], não há como impedir sua exe-

---

[24] A esse respeito merece destaque o trecho a seguir, extraído de Kolata (1998, p. 21): "Os pontos de vista contrastantes, afirma Ezekiel J. Emanuel, médico e eticista do Dana-Farber Cancer Institute, em Boston, e um dos membros da comissão presidencial que estudou a clonagem, parecem revelar 'um choque de valores morais'. Assim, segundo ele, a forma como as pessoas reagem à clonagem 'depende muito da visão que têm do mundo. A escala de valores de cada um depende muito da forma como vê a si próprio e a seu lugar no mundo'. É isso, em última análise, que a clonagem traz à luz. A clonagem é uma metáfora e um espelho. Ela nos força a contemplar a nós mesmos e a nossos valores e a decidir o que é importante para nós e por quê. A clonagem também reflete o papel da ciência no mundo. Encaramos a ciência como um perigo ou como uma promessa? Os cientistas são sábios ou vilões? Com o passar dos anos, os cientistas se transformaram de filósofos em filisteus?".

[25] g1.globo.com/.../tecnica-de-clonagem-ajuda-criar-celulas-tronco-produtoras-de-insulina.

[26] Segundo Ruth Maclin (*apud* KOLATA, 1998, p. 20), eticista do Albert Einstein College of Medicine: "Uma exigência ética indiscutível é a de que nenhum indivíduo adulto deva ser clonado sem o seu consentimento. Caso, porém, pessoas adultas desejem ser clonadas, qual seria o prejuízo do futuro clone?

cução em procedimentos que tornem viável a realização de transplantes sem rejeição ou de medicamentos que possam salvar vidas.

Aliás, mesmo em relação à clonagem humana, não há consenso quanto à impossibilidade de sua realização. Embora seja proibida pela legislação em diversos países, tais como Brasil[27], Inglaterra, Espanha, Alemanha, Austrália, a clonagem humana não é vedada em outros, fazendo com que, ao menos em tese, seja possível cogitar sobre a clonagem de embriões humanos, caso um dia venha a ser realizada.

Obviamente que nenhuma questão relativa à clonagem pode ser tratada de forma superficial ou leviana, razão pela qual mesmo questões controversas devem ser devidamente enfrentadas. Nesse caso, antes de tudo, é preciso despir-se de preconceitos sem deixar, contudo, de observar todos os aspectos éticos envolvidos na questão.

Os princípios básicos da Bioética, portanto, podem contribuir decisivamente no exame de tais questões. O princípio da autonomia, por exemplo, respeita a vontade do paciente ou de seus representantes. Já o princípio da beneficência é aquele que estabelece que os cuidados com o paciente devem sempre ter em vista seu bem-estar, evitando causar sofrimento e danos desnecessários. Da mesma forma, o princípio da não maleficência obsta que sejam gerados danos intencionais e o princípio da justiça impede a discriminação indevida, buscando a distribuição imparcial dos riscos e benefícios (DINIZ, 2009, p. 14-16).

Alguns mencionam o desconforto psicológico ou emocional de uma pessoa ao saber que é uma réplica exata de outra. Outros chegam a elevar este possível risco à categoria de direito: o direito a uma identidade genética. Entretanto, não está claro por que a criação deliberada de um indivíduo geneticamente idêntico a outro ser vivo (mas separado no tempo) implicaria a violação aos direitos de alguém.

27 Lei nº 9.279/96:
"Art. 18 Não são patenteáveis:
[...]
III- o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atentam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.
Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Do mesmo modo, é necessário respeitar os Princípios do Biodireito, pois, conforme bem observa Maluf (2013, p. 18),

> as biotecnologias precisam de um marco regulatório que atenda à ética dessas novidades e que seja capaz de frear práticas racistas, sexistas – genocídicas e bélicas – e ainda garanta a compensação financeira de quem pesquisa.

A referida autora destaca os seguintes princípios de Biodireito:

1. Princípio da autonomia – ligado ao autogoverno do homem, no que tange principalmente às decisões sobre os tratamentos médicos e experimentação científica aos quais será submetido. Assim, as decisões clínicas deverão ser tomadas em conjunto na relação médico-paciente;
2. Princípio da beneficência – ligado ao bem-estar do paciente em face ao atendimento médico ou experimentação científica, sendo válido ressaltar que o cientista dirigirá sempre seu trabalho em prol da moral na pesquisa científica;
3. Princípio da sacralidade da vida – refere-se à importância fulcral da proteção da vida quando das atividades médico-científicas. Vem elencado no art. 5º da Constituição Federal;
4. Princípio da dignidade humana – o referido princípio deve ser sempre observado nas práticas médicas e biotecnológicas, visando à proteção da vida humana em sua magnitude. Liga-se esse princípio ao da sacralidade da vida humana;
5. Princípio da justiça – refere-se à imparcialidade da distribuição dos riscos e benefícios de todos os envolvidos na pesquisa científica e nas práticas médicas, tanto no âmbito nacional quanto no internacional;
6. Princípio da cooperação entre os povos – refere-se ao livre intercâmbio de experiências científicas e de mútuo auxílio tecnológico e financeiro entre os países, tendo em vista a preservação ambiental e das espécies viventes. É válido ressaltar que essa prática em nada alteraria a soberania do Estado ou abalaria o princípio da autodeterminação dos povos, previsto no art. 4º da Constituição Federal.

   Este princípio, no âmbito do biodireito, encontra-se ligado ao princípio da ubiquidade, que prevê a necessidade

de proteção global contra experimentações indevidas, sobretudo as que envolvem alteração de células germinativas humanas.

Liga-se também intrinsecamente ao princípio da justiça, tendo em vista a aplicação, em escala internacional, da repartição do ônus dos custos das pesquisas científicas, assim como se deveria ter direito de igual acesso aos resultados das pesquisas.

Nesse sentido, vemos que o princípio da cooperação entre os povos poderia ser exteriorizado frente à fiscalização das pesquisas científicas e na proteção do ser humano enquanto espécie e também no que tange à repartição dos custos e benefícios referentes às pesquisas científicas;

7. Princípio da precaução – este princípio sugere que se tomem cuidados antecipados às práticas médicas e biotecnológicas, tendo em vista o caso concreto. Importa, a seu turno, no caso de dúvidas sobre a possibilidade de certa atividade causar danos aos seres humanos, às espécies ou ao meio ambiente, a proibição da autorização do exercício da referida atividade.

   Nesse sentido, podemos antever que, toda vez que determinada prática fosse potencialmente causadora de um dano indesejável, deveria a parte interessada comprovar a sua segurança ou desaconselhar-se-ia a prática, sob pena de indeferimento da licença para o exercício da atividade desejada.

   No âmbito do Biodireito, tal princípio implicaria a impossibilidade de se efetuar qualquer pesquisa científica até que se comprove a inexistência de consequências maléficas – diretas ou indiretas – para o ser humano.

   Não se trata de se provar o risco da atividade, para, só depois, impedir-se a sua continuação. Trata-se, sim, de impor ao interessado na realização da atividade o dever de comprovar a inexistência de risco, sob pena de proibição da prática da atividade científica que se deseja praticar.

   Este princípio está ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da sacralidade da vida e da ubiquidade, tendo em vista a preservação da higidez da espécie. Relaciona-se, outrossim, à utilização de organismos geneticamente modificados;

8. Princípio da ubiquidade – retrata a onipresença do meio ambiente e da integridade genética. Tem por valor principal a proteção da espécie, do meio ambiente, da

> biodiversidade, do patrimônio genético. Deve ser levado em consideração cada vez que se intenciona a introdução de uma política legislativa sobre qualquer atividade nesse sentido. Visa à proteção constitucional da vida e da qualidade de vida.
>
> No âmbito do Direito Ambiental, que também se interliga ao citado princípio da ubiquidade, temos que, dado o caráter de onipresença do meio ambiente – que é uno e indiviso –, uma agressão ambiental em determinada localidade é capaz de trazer reflexos negativos a todo o planeta e, consequentemente, a todos os povos, indivíduos e espécies habitantes do planeta.
>
> Refere-se também esse princípio à proteção do patrimônio genético da humanidade, de forma que se deve preservar, a qualquer custo, a manutenção das características essenciais da espécie humana.
>
> Tal princípio tem aplicabilidade no impedimento das experimentações científicas em células germinais humanas, as quais, uma vez alteradas, poderiam trazer "mutações" indesejáveis para toda a espécie humana, dada sua transmissão hereditária em face das gerações futuras (MALUF, 2013, p. 18-20).

Assim, examinando os princípios de Bioética e de Biodireito, constatamos um determinado consenso em que a clonagem de um ser humano não deve ser realizada visando beneficiar um indivíduo em detrimento de outro, como seria o caso, por exemplo, de criar um clone humano para utilização de seus órgãos. Também não é admissível clonar um ser humano para servir ou submeter-se a outro.

Por outro lado, há quem questione se impedir a clonagem não seria violar o nosso direito à liberdade de reprodução.[28] En-

[28] De acordo com Kolata (1998, p. 19), "A clonagem permite o nascimento de uma criança com o genoma de outro embrião ou pessoa. Nesse caso, o genoma é reproduzido sem alterações. A engenharia genética, por outro lado, será capaz de mudar o genoma de um indivíduo. Qual das duas técnicas representa uma intervenção maior? Dada a escolha entre ter um filho que é um clone e não ter filhos – uma escolha com a qual os casais estéreis poderão se defrontar – qual é o problema de permitir que tenham um clone? Se uma família vai criar seu filho com amor, é difícil entender por que a clonagem não seria uma técnica aceitável". Expõe a autora: "Uma pergunta interessante, segundo Daniel Brock, filósofo e eticista da Brow University, é a seguinte: o direito de clonar faz parte do nosso direito à liberdade de reprodução? Brock afirma que embora não esteja certo de que a resposta é afirmativa, porque clonagem, estritamente falando, não é sinônimo de reprodução, ela poderia, mesmo assim, ser enquadrada na mesma categoria".

tretanto, a técnica da clonagem poderia ser útil no estudo de doenças, tais como o câncer, bem como contribuir para reduzir ou evitar os riscos de problemas genéticos.

Obviamente que não há como desconsiderar os interesses econômicos envolvidos na questão. Contudo, a clonagem ou qualquer outra linha de pesquisa científica não é necessariamente restrita a tais interesses. Os próprios criadores da ovelha Dolly visavam muito mais à abertura de um caminho que possibilitasse a continuidade das pesquisas na área que viesse a resultar na produção de medicamentos do que à obtenção de um animal clonado (KOLATA, 1998).

Aliás, na época, a clonagem de embriões já existia e, embora tivesse resultado na obtenção exitosa de vários animais clonados, não obteve sucesso comercial, tendo em vista que o custo para clonar os animais era muito maior do que aquele dispendido para obter animais pela via de reprodução natural ou mediante inseminação artificial.

No decorrer deste ano, aliás, foi julgada improcedente a pretensão do Roslin Institute – onde foi desenvolvida a técnica de clonagem da ovelha Dolly – no sentido de conceder a proteção que confere direito à propriedade intelectual dos animais clonados, sob o fundamento de que não é possível patentear algo que já exista no meio natural, mantendo-se, entretanto, a proteção aos direitos relativos ao processo de clonagem.[29]

Há, assim, a preocupação de, ao mesmo tempo em que é necessário preservar os direitos de forma a estimular a pesquisa científica, também ser indispensável prever limites adequados, de modo que tal procedimento realmente consiga gerar benefícios efetivos para a sociedade.

É preciso, também, sem descuidar dos cuidados devidos em qualquer atividade científica, afastar as ideias preconceituosas sobre a clonagem e tratar o tema adequadamente, com a seriedade que merece, de forma a viabilizar o desenvolvimento de técnicas seguras que proporcionem resultados para a melhoria das condições de vida, observando os critérios éticos e sem risco para a saúde e diversidade genética.

Conclusão

Conforme foi visto, é indispensável preservar os recursos naturais para que possam ser utilizados em futuras pesquisas de

[29] Folhacentrosul.com.br/.../governo-dos-eua-proibe-que-clones-de-animais 12/05/2014.

tratamentos e medicamentos que possam propiciar a cura de diversas enfermidades. O Brasil, aliás, em razão da grande biodiversidade de seu território, tem papel extremamente relevante nessa área, cabendo não só zelar por sua preservação, mas também gerar alternativas seguras para sua exploração, de modo que possam reverter em benefícios para a população.

Para que isso seja possível, é preciso garantir que a extração dos recursos naturais seja sustentável, permitindo a sua renovação constante. Do mesmo modo, embora o acesso aos recursos naturais, em princípio, deva ser franqueado a todos, é preciso instrumentos adequados de controle quanto à exploração dos recursos naturais, de maneira que os países nos quais estes se encontram participem ativamente das pesquisas e dos seus resultados.

Além disso, tendo em vista a abrangência e a importância das questões ligadas à pesquisa genética e utilização dos recursos naturais, é preciso ampliar o debate sobre a matéria, garantindo à população, que é a principal interessada, o direito de conhecer todas as implicações e benefícios envolvidos, especialmente em temas polêmicos, tais como o patenteamento genético e a clonagem.

Desta forma, ao mesmo tempo em que é necessária a proteção dos investimentos realizados, evitando a migração dos resultados das pesquisas sem contrapartida e viabilizando sua continuidade, também é preciso dosar adequadamente tal proteção, de modo que não se constitua em prejuízo para o ser humano. É necessário, enfim, estimular a pesquisa genética e desenvolver critérios para que garantam segurança aos pesquisadores, aos financiadores e à população em relação às questões dela decorrentes.

Referências

ANAIS do I Congresso Brasileiro de Biodireito, out. Porto Alegre: Comissão Especial de Biodireito da OAB/RS, 2000.

BARBOSA, Figueira. Preços na Indústria Farmacêutica: Abusos e Salvaguardas em Propriedade Industrial. A Questão Brasileira Atual. *In*: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iorio (Orgs). **Políticas de Patentes em Saúde Humana.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 89-129.

BORGES**,** Roxana Cardoso Brasileiro. **Conexões entre Direitos de Personalidade e Bioética.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkner. Patentes de Produtos de Origem Biológica. *In*: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio

Iorio (Orgs). **Políticas de Patentes em Saúde Humana.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 70-87.

CEZAR, Denise de Oliveira. **Pesquisa com Medicamentos** – Aspectos Éticos. São Paulo: Saraiva, 2012.

COPETTI, Michele. Registro de Marcas – Propulsor para o Desenvolvimento? *In*: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 203-231.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade Intelectual** – A tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Marcia Santana. **Bioética, Medicina e Direito de Propriedade Intelectual** – Relação entre patentes e células-tronco humanas. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDIM, José Roberto et al. A Experiência dos Comitês de Ética no Hospital de Clínicas de Porto Alegre. **Revista Bioética**, v. 6, n. 2, 1998.

HAMMES, Bruno Jorge Hammes. **O direito de Propriedade Intelectual**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

IACOMINI, Vanessa. Biotecnologia: Repercussões Jurídicas e Sociais da Pesquisa. *In*: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otávio (Orgs). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 281-297.

KOLATA, Gina. **Clone**: os caminhos para Dolly e as implicações éticas, espirituais e científicas. Tradução de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade Humana e Direitos Intelectuais:** Re(visitando) o direito autoral na era digital. Florianópolis: Conceito; Millennium, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2013.

PICARELLI, Márcia Flavia Santini; ARANHA, Marcio Iorio (orgs). **Política de Patentes em Saúde Humana**. São Paulo: Atlas, 2001.

SCHOLZE, Simone H. C. **Política de Patentes em Face da Pesquisa em Saúde Humana** – Desafios e Perspectivas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2001.

ZATZ, Mayana. **Genética**. Escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo, 2011.

Diálogos com a jurisprudência: desconsideração inversa da personalidade jurídica

Cristiano Starling Erse
Advogado em Minas Gerais
Mestre e doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal
Especialista em gestão universitária (MBA) pela Carta Consulta
Pesquisador visitante nas Faculdades de Direito das Universidades de Bolonha e Florença
Professor universitário nas Faculdades Arnaldo Janssen

RESUMO

O presente estudo tem como tema central a desconsideração inversa da personalidade jurídica. Partindo-se da jurisprudência brasileira, busca-se traçar o panorama teórico da matéria e apreciar a compatibilidade do instituto jurídico com o ordenamento brasileiro. Metodologicamente, realizou-se um estudo de casos com análise teórica (enfoque), análise bibliográfica e documental (coleta de dados) e análise de natureza crítica investigativa (natureza do produto final).

Palavras-chave: Desconsideração inversa da personalidade jurídica. *Disregard Doctrine*. Jurisprudência brasileira.

RESUMEN

El presente estudio tiene como tema principal la desestimación invertida de la personalidad jurídica. A partir de la jurisprudencia brasileña, se busca trazar el panorama teórico y evaluar la compatibilidad del instituto jurídico com el derecho nacionale. Metodológicamente, se realizó un estúdio de casos con: análises teórico (enfoque); bibliográfico y documental (la recogida los datos); de naturaleza investigativa (producto final).

Palabras-clave: Desestimación invertida de la personalidad jurídica. Disregard Doctrine. Jurisprudencia brasileña.

Introdução

O presente trabalho tem como escopo o instigante desafio de clarificar a desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito brasileiro. Trata-se de tema que caiu no gosto da doutrina e da jurisprudência nacional, mas que apresenta, ainda, lacunas e incertezas que merecem uma discussão com maior rigor científico e senso crítico, o que justifica a realização deste estudo.

A organização do texto e seu título foram inspirados na série de artigos *Diálogos com a jurisprudência*, de autoria do Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, presentes nos volumes I, III e V do *Direito Societário em Revista* (ABREU, 2009, p. 33-47; ABREU, 2010, p. 49-65; ABREU, 2011, p. 11-24). O formato desenvolvido pelo ilustre professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra parece-nos bastante adequado para o assunto, pois permite verificar a compatibilidade entre a teoria acadêmica e a prática judiciária, mostrando-se, a nosso ver, um método dos mais úteis para o fomento do debate no campo do Direito.

Assim, após traçarmos um panorama do instituto, faremos a apresentação de três acórdãos cujos teores têm sido uma constante nos tribunais brasileiros com a finalidade de analisá-los, apontando suas virtudes e vícios.

1 Desconsideração da personalidade jurídica (panorama do instituto)

O direito reconhece a pessoa jurídica[1] como uma importante ferramenta para o exercício da atividade empresarial. Com o objetivo de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas produtivas e, em consequência disso, gerar uma série de efeitos positivos (JUSTEN FILHO, 1987, p. 49), percebeu-se, logo, a necessidade de se criar uma "armadura jurídica para realizar de modo mais adequado os interesses dos homens".[2] (FERRARA, 1921, p. 598).

---

1 O problema da personalidade jurídica das sociedades empresariais comporta um tratamento prático. Por essa razão, afastamo-nos, aqui, das preocupações científicas e doutrinárias relativas às diversas teorias existentes, dissertação, a nosso ver, desnecessária para o presente relatório de pesquisa. Como para Rubens Requião, citando Francesco Missineo, para nós nos satisfaz a circunstância de serem elas (as pessoas jurídicas) uma "realidade *no* e *para* o mundo jurídico" (REQUIÃO, 2009, p. 403). Todavia, referências bibliográficas pontuais sobre o tema podem ser encontradas em Abreu (2013, p. 163, nota 5). Sugere-se também, para aprofundamento, Cordeiro (2011, p. 304-326).

2 Tradução livre de "*La personalità non è che un'armatura giruidica per realizzare in modo più adeguato intreressi di uomini*" (FERRARA, 1921, p. 598).

Ocorre que, via de regra, a realização de empreendimentos carece da união de esforços e recursos financeiros advindos de várias fontes, o que acarretou, historicamente, também, grandes dificuldades práticas. A insegurança de se entregar economias para que outra pessoa administrasse, sem meios eficientes de fiscalização e acompanhamento na condução dos negócios, bem como o temor de comprometer todo o patrimônio em caso de fracasso da atividade, sempre foi vista como empecilho relevante para o desenvolvimento das atividades empresariais (COELHO, 2008, p. 16). Nessa seara, "encaixou-se perfeitamente o instituto da pessoa jurídica ou, mais exatamente, a criação de sociedades personificadas". Através de um ente autônomo, com direitos e obrigações próprias, os empreendedores puderam investir somente uma parcela do seu patrimônio, com algum poder de controle, diminuindo-se, portanto, os riscos de prejuízo (TOMAZETTE, 2008, p. 225).

Dentro desse contexto, é comum afirmar-se que o sucesso das sociedades personificadas está diretamente vinculado à sua autonomia jurídica (especialmente a patrimonial) e à limitação de responsabilidade de determinados tipos societários, o que acarreta, entre outras vantagens, uma espécie de "blindagem patrimonial", um dos alicerces do direito societário (COELHO, 2008, p. 15 *et seq.*; COELHO, 2012, p. 212 *et seq.*; FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 464). Em contrapartida, são, também, essas as características que, muitas vezes, proporcionam, como efeitos colaterais não desejáveis, manobras fraudulentas e abusivas, uma vez que os membros da pessoa jurídica podem se aproveitar "do isolamento de vida interna da entidade para prejudicar terceiros com ela relacionados" (AMARAL, 2003, p. 301).

Assim, quando as fraudes perpetuadas por sócios se tornaram mais visíveis e rotineiras[3], a comunidade jurídica passou a buscar meios para reprimir a "disfunção" do uso da pessoa jurídica, inibindo a prática de ilícitos ou abusos sob o "véu", a "capa", ou a "armadura" da pessoa coletiva (SILVA, 1999, p. 30; GONÇALVES, 2012, p. 228).

Com esse ideal, surgiu, primeiro nos países anglo-saxônicos[4],

[3] Pedro Cordeiro traz, em sua dissertação de mestrado, uma enumeração exemplificativa de situações típicas de fraudes e abuso de direito com desvio da personalidade jurídica. Ver em Cordeiro (2005, p. 19-20).

[4] Três são os precedentes jurisprudenciais frequentemente apontados pela doutrina como origens remotas do instituto: i) *Bank of United States* vs. *Deveaux* em 1809; ii) *United States* vs. *Lehigh Valley RailRoad*, de 1910; iii) *Salomon* vs. *Salomon & Co. Ltd.,* em 1897 (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 464). Para um aprofundamento nos casos mencionados, recomenda-se Koury (2011, p. 68 *et seq.*). Como obra de referência clássica no direito anglo-saxônico, destaca-se Wormser (1929).

depois na Europa[5] e na América do Sul, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.[6] Seu objetivo principal é rejeitar a autonomia jurídica no caso concreto, retirando a eficácia dos privilégios assegurados pela lei, quando o emprego da personalidade jurídica é desvirtuado, estendendo, desse modo, os efeitos obrigacionais da sociedade aos sócios (SERICK, 1958, p. 241). Trata-se, portanto, de uma espécie de remédio jurídico que possibilita aos magistrados prescindirem da estrutura formal da pessoa jurídica, tornando a separação jurídica e/ou patrimonial ineficaz na situação em particular (CEOLIN, 2002, p. 1).

A despeito de estarmos diante de um instituto universal, a aplicação da teoria pelas diferentes famílias de direitos, especialmente a "*common law*" e a "romano-germânica", guarda distinções importantes. Nos países anglo-saxônicos, ela é amplamente discricionária, determinada caso a caso, fruto da falta de uma regra bem definida e de um direito que se constrói, em grande medida, pela jurisprudência. Cada circunstância é decidida com base nos seus próprios fatos. Essa realidade "fato-específica" gera, contudo, transtornos de sistematização, pois muitas são as variáveis, dependendo da jurisdição e do tribunal[7] (RUDORFER, 2006, p. 4 *et seq.*).

---

5 Na Europa, a desconsideração da personalidade jurídica passou a ganhar corpo teórico com estudos realizados, principalmente, na Alemanha. A obra de Rolf Serick, denominada *Rechtsform und Realität juristischer Personen: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*, de 1955, é considerada um marco no estudo da matéria. Em sua tese de doutorado, o jurista alemão procurou, a partir da apreciação da jurisprudência germânica e norte-americana, definir os critérios que autorizam o juiz a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação às pessoas que a compõem por motivo de fraudes ou abuso de direito (CORDEIRO, 2000, p. 110 *et seq.*). Outro importante contributo acadêmico para a propagação do tema foi Verrucoli (1964).

6 O instituto pode ser identificado com as seguintes nomenclaturas: i) na Alemanha, a posição doutrinária é conhecida como "*Durchgriff durch die juristische Person*" ou "*Durchgriff der juristischen Person*", ou, ainda, "*missachtung der rechtform der Juristischen Person*"; ii) no direito anglo-saxônico, "*disregard of legal entity*" ou "*disregard theory*" ou "*disregard of corporate entity*", "*cracking open the corporate Shell*", completada pelas expressões "*to Pierce the veil*" ou "*to lift the courtain*"; ou ainda "*lifting the corporate neil*"; iii) no Direito italiano, "*superamento della personalitá giuridica*"; iv) no Direito argentino, "*teoria de la penetracíon*" ou "*desestimátion de la personalidad*" ou "*levantamiento del velo corporativo*"; v) na França, "*mise à l'écart de La personnalité morale*" ou "*abus de la notion de personnalité sociale*".

7 Fábio Comparato explica que na jurisprudência norte-americana, "[...] onde a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se assentou por primeiro, as soluções têm sido casuístas, na linha da influência da equity e de

Nos Estados aderentes ao sistema "romano-germânico", a comunidade jurídica tem buscado parâmetros gerais e abstratos, diretos e/ou indiretos, que fundamentem e estabeleçam critérios de aplicabilidade, reduzindo, e não eliminando, o seu caráter casuístico. Na maioria das vezes, a fundamentação do recurso à desconsideração passa pelo abuso de direito, fraude contra credores, "disfunção" da personalidade, confusão patrimonial, aplicação de princípios da boa-fé, entre outros.

O leque extenso de situações concretas, algumas com características totalmente distintas das outras, tornou a questão uma das mais complexas e polêmicas do direito societário, ensejando um infindável número de pesquisas, classificações e teorias com o escopo de sistematizar e analisar o instituto.[8]

Interessa-nos, para este trabalho, por uma questão de prática e objetividade, a distinção por "grupo de casos" nos sistemas romano-germânicos[9], pois, além de ser menos controversa, a referida categorização tem uma função didática importante para percepção da amplitude de aplicabilidade do instituto. Essencialmente, a doutrina, sobretudo a alemã (replicada por muitas outras), arranja as hipóteses de desconsideração em dois grandes agrupamentos: i) casos de imputação ou atribuição[10] (*Zurechnungsdurchgriff*), pelos

sua preocupação com a justiça do caso singular, tornando o juiz autêntico criador do direito (Judge-made law); o que nem sempre satisfaz as exigências de uma explicação lógica". Ver Comparato e Salomão Filho (2008, p. 354).

8 Ribeiro (2009, p. 102, grifos da autora) expõe que nesse campo de estudo "[...] o protagonismo cabe à doutrina e a jurisprudência alemãs, que têm empreendido um apurado esforço de sistematização e análise, o que levou à construção de algumas teses (divergentes) quanto à autonomia dogmática e à natureza do próprio 'instituto' da 'desconsideração da personalidade jurídica'. Uma arrumação possível dessas construções, que atende à repercussão do recurso à 'desconsideração da personalidade jurídica' na solução dos casos concretos, é a que distingue entre *teorias do abuso* (em parte, se contentam com critérios objetivos e, em parte, incluem critérios subjectivos), *teorias institucionais* (que colocam limites internos à autonomia do titular dos direitos) e *teorias de aplicação da norma* (que propõem exemplos de solução diferenciados para a aplicação de certas normas às pessoas jurídicas). Esta divisão não é estanque, defendendo grande parte da doutrina, na realidade, teorias mistas". A autora se refere também às chamadas teorias negativistas, que rejeitam a possibilidade de existência do instituto da "desconsideração da personalidade jurídica". São propostas que resolvem (ou tentam) resolver as mesmas questões sem a "penetração" da pessoa jurídica. Ver Ribeiro (2009, p.110 *et seq.*).

9 Para verificação de grupos de casos sobre desconsideração da personalidade jurídica nos Estados Unidos da América do Norte ver Wormser (2000a; 2000b) e Duarte (2007, p. 143 *et seq.*).

10 Salomão Filho (2006, p. 219) utiliza a nomenclatura "desconsideração atributiva" em vez de "desconsideração por imputação". A escolha tem

quais determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos do sócio são imputados à sociedade e vice-versa; ii) casos de responsabilização (*Haftungsdurchgriff*), pelos quais a regra da responsabilidade limitada presente em alguns tipos societários é quebrada, podendo-se ir ao patrimônio do sócio para quitar dívidas que, inicialmente, seriam da sociedade[11] (ABREU, 1996 (reimpressão 1999), p. 208; ABREU, 2011, p. 178 *et seq.*; RIBEIRO, 2009, p. 134; SALOMÃO FILHO, 2006, p. 219 *et seq.*).

No grupo das situações que levariam à desconsideração por imputação ou atributiva, estariam inseridos, exemplificativamente, os casos em que: i) uma pessoa (física ou jurídica), obrigada (explícita ou implicitamente) a não concorrer (em virtude de contrato ou de lei), constitui (ou se utiliza de) uma pessoa jurídica para fugir do compromisso; ii) aquisições de coisas ou títulos de créditos, não qualificáveis como de boa-fé, com o uso da sociedade para evitar impedimentos pessoais; iii) extensão de proibição de voto a um sócio por sociedade que este controla. No outro, o das responsabilizações, poderíamos, para ilustrar, aludir hipóteses como a confusão de esferas, subcapitalização e abuso de forma (ABREU, 1996, p. 208; ABREU, 2011, p. 178 *et seq.*).

Por fim, resta diferenciar, nesse panorama, o instituto da "desconsideração da personalidade jurídica" de outra figura que, eventualmente, tem gerado certa confusão: a responsabilidade pessoal. Nessa modalidade jurídica, responde-se pelas dívidas da sociedade em virtude de um ato com excesso de poder ou contrário à lei, estatuto ou contrato. O que justifica o ataque ao patrimônio alheio é o ilícito do agente e não o desvio e a manipulação da pessoa jurídica (SILVA, 1997, p. 48). No direito brasileiro, podemos

sentido no direito brasileiro, posto que o termo "imputação" é empregado, frequentemente, para hipóteses legais de responsabilidade direta do sócio ou administrador, o que poderia gerar alguma confusão.

[11] Outras classificações também têm sido usadas. Cordeiro (2000, p. 116 *et seq.*), por exemplo, divide em casos de: i) confusão de esferas; ii) subcapitalização; iii) atentado a terceiros e abuso da personalidade. O referido autor parece, aliás, basear-se na proposta de Franceschelli e Lehman (1997, p. 102 *et seq.*). Duarte (2007, p. 194 *et seq.*), por sua vez, apresenta duas classificações diferentes. A primeira, cujo critério é a unidade de consequências impostas pelo Direito perante questões suscitadas pelos diversos problemas, organiza as situações concretas em: i) casos que implicam a imputação de conhecimentos, qualidades e capacidades; ii) casos de determinação da titularidade de posição contratual e do âmbito subjetivo de aplicação das normas; iii) casos em que se coloca a questão da responsabilidade do sócio por dívidas da sociedade. A segunda, que atende ao critério da causa que justifica a solução "desconsiderante", apresenta hipóteses de: i) confusão de esferas; ii) subcapitalização; iii) direção externa; iv) abuso de instituto.

citar como exemplos: o art.117[12] das Sociedades por Ações, que prevê a responsabilidade do acionista controlador por atos praticados com abuso de poder; o art. 1016[13] do CC, que cuida da responsabilidade solidária por atos de má gestão; o art. 1.080[14] do CC, que estabelece responsabilidade ilimitada para os sócios de sociedades limitadas em caso de deliberação que contrarie o contrato ou a lei; e o artigo 2º, § 2º[15], da Consolidação das Leis do Trabalho, que impõe a responsabilidade solidária das sociedades empresárias que fizerem parte de um grupo de empresas por dívidas trabalhistas.[16]

2 Desconsideração da personalidade jurídica no Brasil

No Brasil, o tema foi introduzido, no final da década de 1960, por intermédio do jurista paranaense Rubens Requião. De lá para cá, o assunto tornou-se cada vez mais frequente na academia jurídica brasileira e na jurisprudência, com debates calorosos e um desenvolvimento peculiar (ou confuso) da matéria no país[17] (COELHO, 1989. p. 33).

---

12 "Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. [...]" (BRASIL, 1976).

13 "Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções" (BRASIL, 2002).

14 "Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram" (BRASIL, 2002).

15 "Art. 2º [...]§ 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. [...]" (BRASIL, 1943).

16 No direito português, hipótese de responsabilização pessoal pode ser encontrada no art.78, 1, do Código das Sociedades Comerciais (CSC), com a ressalva de que nesse caso são apenas os gerentes, sócios ou não, os responsáveis. Nesse quesito, Coutinho de Abreu chama atenção para o fato de que, na responsabilização do dispositivo citado, responde-se por ser gerente ou administrador, enquanto, na desconsideração, a responsabilidade decorre da condição de sócio. Ver em Abreu (2010, p. 52 *et seq.*). "Artigo 78.º - Responsabilidade para com os credores sociais: 1 - Os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos" (PORTUGAL, 2014, p. 177).

17 A palestra supramencionada foi convertida, posteriormente, em artigo científico publicado na *Revista dos Tribunais*, cuja referência é Requião, (1969, p. 12-24). Mais tarde, o autor publicou um livro de coletâneas, no qual também se encontra o documento, ligeiramente modificado. Ver Requião (1977, p. 71).

O Código Civil de 1916, vigente no estopim do movimento, não cuidava expressamente do assunto, prevalecendo, inicialmente, de forma absoluta e ilimitada, o princípio da separação. Com o tempo, porém, foram aparecendo decisões jurisprudenciais esparsas que acatavam a desconsideração eventual, mesmo sem um dispositivo legal explícito. Gradativamente, a ideia de responsabilização do sócio por dívidas da empresa foi ganhando espaço em sede legislativa, estando a expressão presente em vários dispositivos legais de leis específicas, como o Código de Defesa do Consumidor (art. 28[18]), a antiga lei antitruste (art. 18[19]) e também a nova (art. 34[20]) e a lei de proteção ao meio ambiente (art. 4º[21]) (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 476).

A aplicabilidade da teoria ganhou, todavia, novo fôlego e dimensão com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, que trouxe, em seu art. 50, a consagração expressa do instituto, apesar de não ser utilizada a nomenclatura tradicional. Veja-se:

---

18 "[...] SEÇÃO V: Da Desconsideração da Personalidade Jurídica: 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. § 1° (Vetado). § 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4° As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores" (BRASIL, 1990).

19 "[...] 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" (BRASIL, 1994).

20 "[...] Art. 34. 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. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração" (BRASIL, 2011).

21 "[...] Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente" (BRASIL, 1998).

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a 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 (BRASIL, 2002).

Há de se fazer aqui uma ressalva: o dispositivo supramencionado é direcionado para as hipóteses de desconsideração da personalidade para fins de responsabilização, ou seja, circunstâncias em que se pretende quebrar a regra da autonomia patrimonial para atingir bens do sócio ou do administrador.[22, 23]

Toda essa conjectura conduziu à formação de duas vertentes acerca da desconsideração no Brasil. De um lado, a chamada teoria maior, próxima a "*disregard theory*" clássica, pela qual se defende que o juiz somente está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas como forma de coibir abusos praticados através delas (cumprimento de requisitos específicos)[24], e, de outro, a teoria menor, em que se considera o simples prejuízo do credor como elemento ensejador suficiente para afastar a autonomia patrimonial (ausência de requisitos específicos), tratando como desconsideração todas as hipóteses de comprometimento do patrimônio pessoal do sócio por obrigação da empresa[25] (GONÇALVES, 2012, p. 230; TOMAZETTE, 2008, p. 233 *et seq.*).

---

22 Silva (2009, p. 144 *et seq.*) critica a redação do art. 50 do CC, afirmando que esta restringiu a possibilidade de aplicação da teoria de desconsideração às hipóteses de abuso e de confusão patrimonial, sem acrescentar expressamente a fraude no seu sentido mais amplo.

23 Aliás, esse tem sido, também, o enfoque dos especialistas brasileiros quando se referem ao instituto, sendo corriqueira, inclusive e infelizmente, a formulação de conceitos que simplesmente ignoram as demais ocorrências. Exemplo de conceito demasiadamente restrito (que não contempla as hipóteses de desconsideração por imputação – *zurechnungsdurchgriff*) pode ser encontrado mesmo em obras de autores renomados e confiáveis como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Veja-se: "A desconsideração da personalidade jurídica significa, essencialmente, o desprezo episódico (eventual), pelo Poder Judiciário, da personalidade autônoma de uma pessoa jurídica, com o propósito de permitir que os seus sócios respondam com o seu patrimônio pessoal pelos atos abusivos ou fraudulentos praticados sob o véu societário. Enfim, é a permissão judicial para responsabilizar civilmente o sócio, nas hipóteses nas quais for o autêntico obrigado ou verdadeiro responsável, em face da lei ou do contrato" (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 469).

24 A "teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica" no Brasil é claramente inspirada nas "teorias do abuso" inauguradas por Rolf Serick.

25 Os termos "teoria maior da desconsideração" e "teoria menor da desconsideração" são atribuídos a Fábio Ulhoa Coelho. De acordo com o

Ambas as concepções são, paradoxal e concomitantemente, adotadas na legislação brasileira, em hipóteses e leis distintas, o que proporciona confusão conceitual, posto que a expressão "desconsideração da personalidade jurídica" tem mais de um significado no direito tupiniquim. Pode se referir tanto ao levantamento do véu societário condicionado à caracterização da manipulação abusiva, teoria maior (ver art. 50 do CC, por exemplo), quanto àquele decorrente da simples insatisfação de crédito perante a sociedade e previsto expressamente na norma, teoria menor (ver art. 28 do CDC – nota 26) (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 476). Frise-se que o estudo em tela centra-se na teoria maior, relativa aos casos de responsabilização, já que a fundamentação dos acórdãos em análise, tratados a seguir, está relacionada diretamente à interpretação teleológica do art. 50 do CC.

Todavia, mesmo em relação à teoria maior, inexiste harmonia sobre o seu real sentido. Duas correntes propõem interpretações diferentes em relação aos pressupostos necessários para a desconsideração no art. 50 do CC. A primeira, chamada de teoria maior subjetiva, entende que é imperativa a obrigação de demonstrar a fraude ou o abuso com a intenção deliberada de prejudicar terceiros ou de "driblar" a lei. Nessa concepção, estará sempre presente, portanto, um elemento subjetivo que deverá ser indicado e comprovado. A segunda, por sua vez, chamada de teoria objetiva, proposta no Brasil por Fábio Konder Comparato, centra-se em aspectos mais funcionais do instituto do que no intuito do sócio (COMPARATO, 1983, p. 274 *et seq.*). Desse modo, o fundamento da desconsideração seria o desvio de finalidade da empresa, causada não apenas por meio do elemento subjetivo, mas, de modo igual, por circunstâncias desatreladas da vontade, como a desorganização societária e a confusão patrimonial[26] (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 471; GONÇALVES, 2012, p. 230).

autor, a primeira teoria é "maior" por ser mais elaborada, ter mais consistência e abstração, permitindo a distinção clara com outros institutos jurídicos que também acarretam a afetação de patrimônio do sócio por obrigação da sociedade (p. ex.: a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao administrador etc); enquanto a teoria "menor" é menos elaborada, referindo-se a toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio do sócio por obrigação social como de desconsideração (COELHO, 2008, p. 36.). Ribeiro (2009. p. 103) aduz que, mesmo na Alemanha, assistiu-se, com frequência, situações em que a doutrina cedeu à tentação de qualificar como "desconsideração da personalidade jurídica" toda e qualquer situação em que se chegue a uma solução de responsabilização do sócio.

[26] A discussão é simular à existente na Alemanha dentro da corrente denominada "teoria do abuso". Esta admite, como no Brasil, duas vertentes, uma

Filiamo-nos à corrente objetiva.[27] A nosso ver, o art. 50 do CC faz uma opção clara por um critério objetivo, não condicionando a desconsideração da personalidade jurídica a fatores puramente intencionais. Os requisitos da norma estudada são, portanto, o abuso de personalidade caracterizado por desvio de finalidade e/ou a confusão patrimonial, independentes da demonstração de dolo e culpa do sócio. Caso contrário, o funcionamento do mecanismo ficaria seriamente comprometido pelas inúmeras dificuldades de prova do elemento subjetivo. Porém, importante destacar que, embora haja a dispensa do elemento subjetivo, é obrigatória a demonstração do desvio de finalidade e/ou da confusão patrimonial, posto que a simples e isolada ocorrência de uma irregularidade não seria suficiente para causar a desconsideração.

O desvio de finalidade tem ampla conotação e sugere fuga da razão de ser dos objetivos jurídico-sociais da pessoa coletiva, ge-

subjetiva e outra objetiva. Para a teoria subjetiva (fundada por Serick), a configuração e a aplicabilidade do instituto exigem o abuso intencional da forma jurídica para eludir ou contornar disposições legais, deveres contratuais ou prejudicar fraudulentamente terceiros. Já para a teoria objetiva ou institucional, o que justifica a desconsideração é o fato de esta ter sido utilizada de modo contrário à sua função ou fim, em desconformidade com o ordenamento jurídico (quando há um abuso de instituto) (ABREU, 1996, p. 207).

[27] Nesse sentido: Comparato e Salomão Filho (2008, p. 354 *et seq.*) e Farias e Rosenvald (2013, p. 474). Em sentido diverso, Tomazette (2001, p. 76) afirma: "[...] nosso Código não acolhe a concepção objetiva da teoria, pois a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipóteses do abuso de direito e da fraude. Destarte, o necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial". Defendendo uma posição mista, Silva (1997, p. 53) afirma "[...] que a teoria não pode e nem deve ser entendida como de caráter exclusivamente subjetivista ou objetivista, como quiseram alguns doutrinadores. A coexistência de ambas as concepções é possível, completando uma à outra, pois a concepção objetivista não abrange todos os casos possíveis de aplicação da teoria, devendo-se socorrer da concepção subjetivista, que pode atingir maior número de hipóteses de aplicação da teoria". Embora reconheçamos bons argumentos nas ponderações feitas acima, entendemos que, boa ou má, a escolha do legislador brasileiro, relativa ao art. 50, é por critérios objetivos. De fato, o dispositivo não contempla todas as hipóteses possíveis, excluindo-se daí aquelas de desconsideração atributiva ou por imputação. Essas hipóteses de desconsideração poderão ser fundamentadas, a nosso ver, no art. 187 do CC, que trata do abuso de direito genérico. Veja-se: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (BRASIL, 2002).

rando prejuízos, diretos ou indiretos, para terceiros ou mesmo para outros sócios (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 473; ANDRADE FILHO, 2005, p. 113). A confusão patrimonial, que também é critério que autoriza objetivamente a aplicação da teoria, é configurada pela mistura e uso do patrimônio social a favor do sócio ou do sócio a favor da sociedade, atentando-se contra o princípio da separação.[28] Destarte, com a "mistura de patrimônios, as fronteiras da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios tornam-se fluidas, ensejando a perda da responsabilidade limitada de quem lhe dá causa" (XAVIER, 2002, p. 77).

3 Desconsideração inversa da personalidade jurídica

Conceitualmente, podemos entender que a "desconsideração inversa é o afastamento da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio" (COELHO, 2008, p. 46). Diferencia-se da teoria tradicional na medida em que a primeira aplica-se nas hipóteses em que se pretende responsabilizar os sócios ou atribuir (imputar) pessoalmente a eles atos praticados em nome da sociedade, enquanto na desconsideração inversa o caminho é às avessas, visando atingir o ente coletivo por atos praticados em nome próprio dos seus membros.

A discussão sobre a sua aplicabilidade não é propriamente nova. Gregory S. Crespi retrata que a tese foi suscitada pioneiramente na jurisprudência norte-americana em 1929, com o caso *Kingston Dry Dock Co. v. Lake Champlain Transportation Co.*, porém sem sucesso, por dificuldades probatórias. Em 1957, entretanto, com a demanda *W.G. Platts, Inc. v. Platts*, a teoria prosperou em um litígio envolvendo separação matrimonial. A Suprema Corte de Washington confirmou a penhora de um bem societário em favor da esposa do acionista controlador, apesar da existência de acionistas minoritários (mãe e irmão do controlador). A decisão foi fundamentada, essencialmente, no fato de que a sociedade funciona-

[28] Comparato e Salomão Filho (2008, p. 450), ao estudarem a questão da desconsideração sob o prisma do poder de controle, asseveram: "A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica externa corporis. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral". É importante perceber que as lições de Comparato e Salomão Filho foram escritas antes da elaboração do Código Civil de 2002, razão pela qual os autores não falam especificamente do desvio de finalidade.

va como "*alter ego*" do marido. Argumento próximo também foi utilizado no caso *Shamrock Oil & Gas Co. v. Ethridge*, em 1958, decidido pela Corte Federal do Colorado, desta vez em litígio que envolvia cobrança de dívida não relacionada à separação matrimonial (CRESPI, 1990, p. 56 *et seq.*). Em 1959, outro caso emblemático, *First National Bank of Chicago v. F.C. Trebein Co.*, é relatado por J. Lamartine Corrêa de Oliveira:

> [...] um certo F.C. Trebein, devedor insolvente, constituiu com a mulher, a filha, o genro e o cunhado uma pessoa jurídica a que transferiu todo o patrimônio. Das seiscentas quotas da sociedade, somente quatro não lhe pertenciam pessoalmente, pertencendo à mulher e aos parentes mencionados. A Corte decidiu favoravelmente à pretensão dos credores de Trebein, que desejavam executar o patrimônio da sociedade, que esta era em verdade o próprio F.C. Trebein sob diversa forma e que a fundação da sociedade e a transferência a esta do patrimônio do devedor era, no caso, tão pouco relevante quanto seria mudar de roupa (OLIVEIRA, 1976, p. 275).

Igualmente comuns e presentes na jurisprudência americana, desde a década de 1950, são os casos de pedido de desconsideração inversa para atingir bens de sociedade filial por dívidas da sociedade matriz e os que envolvem o fisco americano como autor da ação. Nessas hipóteses, a teoria tem sido aplicada com muito cuidado, exigindo-se elementos probatórios e demonstração de abuso mais robustos. De qualquer maneira, podemos afirmar, com relativa tranquilidade, que a aplicabilidade da teoria encontra-se consolidada em solo americano, sendo que as decisões que denegam a perfuração geralmente o fazem por não vislumbrarem a fraude, e não por rejeição teórica.[29]

Alvo de discussões mais recentes e intrigantes tem sido o "*insider reverse piercing*", situação em que o pedido de desconsideração parte do próprio sócio e que é tratada, por alguma doutrina (principalmente Gregory Crespi[30]), como uma subespécie de desconsideração inversa. Nessa perspectiva, um caso

---

[29] Exemplos de ambos os tipos podem ser encontrados em Crespi (1990-1991, p. 56 *et seqs.*). Ver, notadamente, *Central National Bank & Trust Co. of Des Moines v. Wagner* (1971); *Valley Finance v. United States* (1980); *Zisblatt v. Zisblatt* (1985); *Shades Ridge Holding Co. v. United States* (1989) etc.

[30] Gregory Crespi, em seu famoso artigo *The Reverse Piercing Doctrine: Applying Appropriate Standard*, classifica os casos de desconsideração inversa em dois grandes grupos: i) *insider reverse-piercing* (pedidos feitos pelos próprios sócios ou sociedade); ii) *outsider reverse piercing* (pedidos de terceiros, em regra credores da sociedade) (CRESPI, 1990, p. 33 *et seq.*).

dos mais interessantes é, sem dúvida, o de *Cargil vs. Hedge*, julgado em 1985 pela Suprema Corte do Estado de Minnesota. A acionista controladora de uma companhia requereu a desconsideração inversa da sociedade por ela controlada para evitar que parte de uma fazenda que estava registrada em nome da sociedade fosse alienada judicialmente para quitar dívidas sociais. Ocorre que a residência da acionista controladora estava localizada no pedaço da fazenda. O pedido de desconsideração foi realizado com o intuito de permitir a aplicação das normas sobre bem de família do estado de Minnesota, evitando-se a venda da casa. A Corte deferiu o pedido, destacando que, no caso, o grau de identidade entre a acionista controladora e a companhia em si era considerável, de forma que a companhia existia como *alter ego* da acionista controladora. Além disso, a Corte enfatizou que a desconsideração, no caso, reforçaria a política do estado de proteção do direito à moradia[31] (CRESPI, 1990, p. 41 *et seq.*).

Acreditamos, entretanto, que demandas como a recém-exposta não são verdadeiramente de desconsideração inversa (pelo menos não no sentido que propusemos aqui). Trata-se, em realidade, de outra espécie do gênero desconsideração, pois sua característica principal (aquela que a distingue das outras) é, preponderantemente, o pedido de derrogação que leva ao favorecimento do sócio, e não o trajeto invertido ao tradicional. Existem peculiaridades tão notórias nesse grupo de situações que nos levam a crer que melhor seria trabalhá-lo à parte.

Na Europa, de um modo geral, o debate sobre a desconsideração inversa não obteve a mesma repercussão, sendo raras as menções sobre o tema nas jurisprudências e nos manuais de direito societário portugueses, italianos e espanhóis. Mesmo na Alemanha, o instituto tem aceitação diminuta. O seu uso atual[32] é, para a maioria da doutrina e jurisprudência, restrito às sociedades unipessoais

[31] David Massara Joanes, ao tratar do mesmo caso em sua dissertação de mestrado, expõe que no Brasil "[...] situação semelhante à do caso Cargil vs. Hedge talvez não fosse julgada da mesma forma. Com efeito, o que a corte estadunidense chamou de alto grau de identidade aqui poderia ser classificado como confusão patrimonial. Como já visto, para ensejar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a confusão patrimonial deve implicar desvio de finalidade da personalidade jurídica, com prejuízo para um terceiro. No caso em análise, a única prejudicada pela confusão patrimonial foi a própria acionista controladora. Sendo assim, entendemos que ela não poderia pedir a desconsideração da personalidade jurídica ao inverso, com base na confusão patrimonial à qual ela mesma deu causa, sob pena de se estar admitindo o venire contra factum proprium" (JOANES, 2010, p. 74).

[32] Oliveira (1976, p. 341 *et seq.*) relatava que, no início da década de 1970, a doutrina alemã entendia não existir fundamento jurídico que levasse a ne-

(quando todas as cotas sociais pertencem a um único sócio). Tal premissa visa impedir o prejuízo de sócios que nada tenham a ver com a situação que originou a desconsideração (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 222[33]). Outro argumento que também é invocado para limitar a desconsideração inversa é o de que o patrimônio empresarial precisa ser protegido, como garantia dos credores. A desconsideração inversa seria, nessa concepção, incompatível com o princípio da "conservação do capital social", sendo aplicável apenas quando se trata de aplicar regras sobre "*Vertrauenshaftung*", ou seja, quando o sócio tenha criado a aparência de negociar em nome da sociedade (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 223[34]).

No Brasil, a temática foi introduzida na prática dos tribunais antes mesmo do Novo Código Civil (2002), época em que ainda não existia dispositivo legal explícito e específico sobre a desconsideração para o direito societário e civil. Atribui-se ao jurista gaúcho Rolf Madaleno a "liderança doutrinária" (PEREIRA, 2001, p. 68) sobre o assunto, através das obras *Direito de família: aspectos polêmicos* e *Disregard e a sua efetivação no juízo de família* (MADALENO, 1998, 1999).[35] Nelas o autor expunha o terreno fértil de uso da pessoa jurídica como amparo de fraude nas relações de direito de família, pois a aquisição de bens próprios do casamento em nome direto de uma empresa ou até a maliciosa transferência dos primitivos bens matrimoniais para o acervo social vinham servindo a propósitos notadamente abusivos. Partindo da premissa e da constatação prática de que é costumeiro "o cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns" (MADALENO, 1998, p. 27), Rolf Madaleno defendia o quão difusa e producente seria a aplicação da teoria da "*disregard*" no campo do Direito de Família, fundamentando seu posicionamento nos argumentos clássicos de fraude e abuso de direito.[36]

---

gar a possibilidade, em princípio, de uma penetração para fins de responsabilidade em sentido invertido, desde que cumpridos os mesmos pressupostos e consequências da desconsideração direta da personalidade jurídica. Contudo, esse remédio jurídico extraordinário só seria admissível quando a obtenção normal do valor das cotas sociais pertencentes ao sócio, e que garantem primariamente o credor pessoal, fosse difícil e pusesse em perigo a satisfação da pretensão.

33 O autor aponta como referência Shulte (1979, p. 8), citando decisão do OLG *Hamburg*, de 10 de novembro de 1976.

34 O autor aponta como referência Mertens (1990, p. 583).

35 Antes de Rolf Madaleno, o tema já havia sido tratado na doutrina brasileira, mas de maneira periférica e descritiva. Ver, por exemplo, Oliveira (1976, p. 341 *et seq.*).

36 Rolf Madaleno parece ter buscado inspiração na obra do argentino Eduardo A. Zannoni, ao qual faz constantes menções em seus textos iniciais. Ver Zannoni (1980).

Assim como aconteceu com a desconsideração da personalidade jurídica clássica, o instituto propagou-se com mais intensidade após a entrada do CC/2002 e seu art. 50. Inúmeros trabalhos surgiram abordando a temática de diversas maneiras. Manuais e jurisprudência assimilaram e propagaram seu conteúdo. A desconsideração inversa é objeto de estudos no Direito Empresarial e no Direito de Família e Sucessões, sendo muito utilizada no dia a dia dos tribunais, principalmente, quando há a transferência do patrimônio particular do devedor (sócio) à sociedade, com o interesse de desobrigar-se de responsabilidades perante terceiro e, também, nos caso de Direito de Família, na ação de separação ou divórcio, na partilha de bens do casal e pagamento de pensão alimentícia (AURELIANO; BONOMO, 2010, p. 259 *et seq.*). Até mesmo no Direito das Sucessões a questão é frequentemente abordada com o fim de coibir a lesão ao beneficiário da herança.[37]

A doutrina e a jurisprudência brasileira demonstram uma tendência para pacificar a adoção da desconsideração inversa, mas houve, e ainda há, alguma resistência de peso. Silva (2009, p. 82 *et seq.*), por exemplo, manifesta-se contrário por entender que as hipóteses que levariam à desconsideração inversa deveriam ser resolvidas pelo direito através de ações ordinárias do direito privado, notadamente a penhora de participações societárias do sócio e a ação anulatória. Outros, como Andrighi (*apud* JOANES, 2010, p. 66), alegam que aplicar o instituto de forma inversa implicaria desconsiderar a personalidade jurídica da pessoa natural, negando a ela, mesmo que episodicamente, existência jurídica, considerando-a "morta" ou como "nunca nascida". Os argumentos parecem-nos frágeis. O primeiro, porque formas alternativas são possíveis para proteção de um mesmo direito. Se isso não fosse uma realidade, nem mesmo a "*disregard*" tradicional poderia ser aplicada. O segundo, porque o que se desconsidera, a nosso ver, é o princípio da separação e autonomia, e não a existência das personalidades jurídicas distintas.

4 O que dizem os acórdãos

(1) Ac. do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 22 de junho de 2010 (BRASIL, 2010).

A é credor de **B** (pessoa física). Em sede de execução de título executivo judicial (ação de cobrança), **A** requereu a desconsideração

[37] No Direito das Sucessões, as questões de desconsideração inversa da personalidade jurídica são, normalmente, relacionadas ao grupo das desconsiderações por atribuição ou imputação.

inversa da personalidade jurídica da sociedade **SD**, na qual **B** e sua esposa **C** eram os únicos sócios, com o intuito de atingir o patrimônio do ente societário. Em decisão interlocutória, o juiz de primeira instância determinou a penhora de automóvel de propriedade de **SD**, sob o fundamento de que

> [...] Fora identificada infração à lei – constatada pela composição de sociedade, que tem como sócios o executado e sua esposa; pelo capital de apenas 5 mil reais; pelo veículo de alto valor comercial que se encontra em nome da sociedade, porém, utilizado apenas pelo executado para fins particulares, bem como lesão ao direito de terceiros, no caso, o exequente, por ocasião do não-recebimento do seu crédito e diante da inexistência de bens penhoráveis em nome do executado. Como, na verdade, a personalidade jurídica está atualmente servindo como um escudo para a defesa do executado frente à execução que lhe é movida, tenho-a como descaracterizada, confundindo-se, assim, o patrimônio da sociedade com os bens pessoais do executado, sócio majoritário (fls. 121/124).

Da referida decisão interlocutória, foi interposto agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que manteve a decisão anterior. Também o acórdão seguiu a mesma linha.

Dizendo-se inconformado, **B** levou a questão, por meio de recurso especial, ao STJ, sustentando violação direta a texto de lei federal, aduzindo que o art. 50 do Código Civil Brasileiro não prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em sua forma inversa. O STJ, todavia, manteve a aplicação do instituto jurídico, afastando a interpretação literal do dispositivo em detrimento da apreciação teleológica, o que em outros termos trouxe a extensão das hipóteses de desconsideração.

(2) Ac. do STJ de 22 de outubro de 2013 (BRASIL, 2013).

E interpôs ação de dissolução de união estável em face de **F**, requerendo, entre outras coisas: i) a desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade empresária **SG**, em que ambos (**E** e **F**) eram os únicos sócios, para atingir o patrimônio da pessoa jurídica, em virtude de confusão patrimonial; ii) a indisponibilidade dos bens da sociedade (**SG**) e do antigo companheiro (**F**), sob a alegação de que a sociedade teria sido criada para servir de instrumento para práticas fraudulentas.

Em decisão interlocutória, o juiz de 1ª instância admitiu a desconsideração inversa, baseado no fato de quase a totalidade das cotas de **SG** pertenciam a **F**, o que acarretava confusão patrimonial e indícios de fraude. Em 2ª instância, o acórdão foi no mesmo sentido.

Assim como no primeiro caso, a questão foi encaminhada ao STF. Além da já mencionada alegação de contrariedade do art. 50 do CC/02, argumentou-se, dessa vez, que a desconsideração não poderia ser arguida por sócia da própria pessoa jurídica, ainda que minoritária, o que era o caso de **E**.

O STF manteve sua posição favorável no que tange à aplicabilidade da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, nos mesmos moldes assinalados no caso anterior. Em relação à legitimidade da sócia para requerer a desconsideração, o acórdão considerou que esta decorre da condição de companheira, sendo irrelevante o fato de a requerente ser sócia ou não de **SG**. Ademais, afirma que "tendo a requerente uma parcela muito pequena das quotas sociais, seria extremamente difícil, quando não impossível, investigar os bens da empresa, a fim de que fosse respeitada sua meação".

(3) Ac. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) de 03 de dezembro de 2003 (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

H e **I** eram casados pelo regime de separação parcial de bens. Quatro meses antes do ajuizamento de ação de separação conjugal por **H**, **I** havia se retirado do quadro de cotistas das sociedades **SJ e SK** (empresas com laços familiares), sendo readmitido na qualidade de empregado com salário diminuto (R$ 560,00 - quinhentos e sessenta reais). **H**, ao ter conhecimento oficial das alterações societárias somente pela contestação do litígio conjugal, interpôs ação em face de **I**, **SJ** e **SK** requerendo, alternativamente, a anulação da alienação de cotas da sociedade ou a indenização correspondente à meação "burlada".

Em 1ª instância, a ação foi julgada improcedente, fundamentando o magistrado que a autora não havia logrado êxito em comprovar a simulação. Em 2ª instância, o TJRS reformou a decisão por considerar suficiente o conjunto probatório no que se refere à simulação, aplicando, a seguir, a desconsideração inversa da personalidade jurídica para acatar o pedido de indenização correspondente à meação. A demanda não chegou ao STJ.

5 Algo mais pode ser dito

5.1 Interpretação teleológica do artigo 50 do CC

A questão comum nas jurisprudências reunidas é a relativa à possibilidade ou não de se utilizar o art. 50 do CC para atingir bens da sociedade por atos de seus sócios (desconsideração inversa para fins de responsabilização). Em síntese, discute-se a viabilidade, hermenêutica, de interpretar-se teleologicamente o dispositivo, com

o intuito de ampliar a hipótese prevista literalmente. Os acórdãos relatados apontam positivamente para a tese extensiva, fundamentando as decisões "desconsiderantes" na interpretação teleológica do art. 50, todavia pouco ou quase nada esclarecem seu posicionamento.

É certo que toda legislação está sujeita à interpretação, não somente as obscuras e ambíguas, até porque, como bem retrata Degni (*apud* DINIZ, 2011, p. 78 *et seq.*), a clareza da norma é relativa. Uma lei pode parecer simples a quem a examinar superficialmente, mas complexa para quem verifica outros elementos como seus fins, precedentes históricos, conexões sociais etc. Nessa seara, várias técnicas coexistem para assessorar o jurista, sendo os métodos mais conhecidos: i) literal ou gramatical, que consiste no exame dos termos utilizados na norma, isolada ou sintaticamente, de acordo com as regras do vernáculo; ii) lógico ou racional, que se utiliza de raciocínios lógicos dedutivos ou indutivos para apreciação metódica da norma em toda a sua extensão, descobrindo seu sentido e alcance ; iii) sistemático, que examina a norma a partir do ordenamento jurídico em que está inserida, relacionando-a com todas as outras com o mesmo objeto, direta ou indiretamente; iv) histórico, que analisa a norma partindo da premissa dos seus antecedentes históricos, observando as circunstâncias fáticas, jurídicas e legislativas que lhe precederam; v) finalístico, sociológico ou teleológico, que faz a análise da norma tomando como parâmetro a finalidade declarada, adaptando-a às novas exigências sociais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.109 *et seq.*; DINIZ, 2011, p. 80 *et seq.*).

As diversas técnicas supramencionadas não operam separadamente, tampouco se eliminam reciprocamente. Muito pelo contrário, elas se complementam, formando um conjunto de instrumentos teóricos a serviço do intérprete para a realização do direito. A interpretação é, assim, una e exercida por vários processos que levam a um resultado final satisfatório que atenda a sociedade como um todo (DINIZ, 2011, p. 92; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 110).

Nos julgados escolhidos, o debate ocorre entre a interpretação literal e a teleológica. Ninguém duvida que, gramaticalmente, o texto do CC refere-se, exclusivamente, à possibilidade de ir ao patrimônio dos sócios ou dos administradores para responsabilizá-los em situações de abuso de personalidade. Por outro lado, é cristalino que os motivos que justificam o caminho às avessas são os mesmos da desconsideração tradicional. Então, o que deve prevalecer?

A academia jurídica moderna inclina-se a dar menor importância à interpretação literal quando colidente com outros méto-

dos de maior robustez e cientificidade (GONÇALVES, 2012, p. 80). Necessário, destarte, lançar mão de outros recursos e ilações mais sofisticadas para atender as demandas contemporâneas, porém com cuidado para que a liberdade interpretativa não se transforme em um direito alternativo que conduza à plena subversão da ordem jurídica constituída (PEREIRA, 2001, p. 1999).

No dilema jurídico em exame, acreditamos que deva prevalecer a visão teleológica. O pressuposto básico do método (atribuição de propósito às "normas") é facilmente encontrado: evitar o abuso de personalidade jurídica por desvio de finalidade e/ou confusão jurídica. O intérprete deve adaptar a finalidade da norma às novas exigências sociais, o que está, inclusive, previsto na Lei de Interpretação às Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 5º: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (BRASIL, 1942). O fim que inspira a norma deve, portanto, também servir para limitar ou ampliar o seu conteúdo. A dinâmica das relações humanas em tempos modernos é tão veloz que seria impossível ao legislador, por mais ágil e competente que fosse, acompanhar em tempo real as necessidades sociais, cabendo ao Estado-Juiz não o poder de criar, mas o dever de moldar e harmonizar o direito à realidade. Sobre a análise teleológica do art. 50, Joanes (2010, p. 82) disserta:

> Conforme os ensinamentos de Carlos Maximiliano, 'muitas vezes, o próprio dispositivo, intencionalmente ou não, vai além, ou se detém aquém do fim para que foi promulgado'. No nosso entendimento, a redação do artigo 50 do Código Civil Brasileiro está aquém da finalidade da norma, pois não contemplou a aplicação inversa da teoria da desconsideração.
> Contudo, esse fato não pode ser imposto como óbice à aplicação da teoria da desconsideração de forma reversa, sob pena de se violar a própria finalidade da norma, qual seja coibir o abuso do direito à personificação e proteger o instituto jurídico da pessoa jurídica, evitando que se torne um instrumento para a prática de ilicitudes.

Outra construção também seria possível. Poderíamos buscar apoio no dispositivo geral do abuso de direito presente no art. 187, que dispõe: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (BRASIL, 2002). A desvantagem desse trajeto é que não bastaria a confusão patrimonial para caracterização do abuso de personalidade, exigindo-se um arcabouço probatório mais consistente.

5.2 Simulação

Se, por um lado, anuímos à interpretação teleológica do art. 50 para permitirmos soluções "desconsiderantes" invertidas nos casos 1 e 2, por outro, entendemos equivocada a fundamentação do acórdão número 3.

Pelo que se pode perceber da leitura do documento, a questão que levou o tribunal a desconsiderar a personalidade jurídica foi a constatação de atos simulados (venda fictícia das cotas da sociedade e contratação empregatícia com valores módicos não condizentes com a realidade).

A simulação está prevista e definida na legislação brasileira como hipótese de nulidade, e não como de anulabilidade (art. 167 do CC[38])[39]. Como bem explica Diniz (2012, p. 240), a "nulidade é a sanção, imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do ato negocial praticado em desobediência ao que prescreve". O negócio jurídico simulado não deve, assim, produzir qualquer efeito por ofender princípios de ordem pública, por estar inquinado por vícios essenciais. Desse modo, o mais correto seria a declaração de invalidade dos atos simulados, gerando não o afastamento episódico, e sim o permanente da negociação fingida perante toda a coletividade.

---

[38] "Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados" (BRASIL, 2002).

[39] Gonçalves (2012, p. 441 *et seq.*) enumera alguns critérios que diferenciam a nulidade da anulabilidade no direito brasileiro: i) a nulidade é de ordem pública e decretada no interesse da coletividade; a anulabilidade é de ordem privada e decretada no interesse das partes envolvidas; ii) a nulidade não pode ser sanada pela confirmação, nem suprida pelo juiz; a anulabilidade pode ser suprida pelo juiz, a requerimento das partes (art. 168, parágrafo único), ou sanada pela confirmação (art. 172); iii) a nulidade deve ser pronunciada *ex officio* pelo juiz (art. 168, parágrafo único); a anulabilidade, ao contrário, não pode ser pronunciada de ofício; iv) a nulidade pode ser arguida por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público (art. 168); a anulabilidade só pode ser alegada pelos prejudicados; v) a nulidade nunca prescreve (art. 169); a anulabilidade decai em prazos mais ou menos curtos; vi) o pronunciamento judicial de nulidade produz efeitos *ex tunc*, isto é, retroage ao momento da manifestação da vontade; a anulabilidade produz efeitos *ex nunc*, ou seja, produz efeitos até o momento em que é decretada sua invalidade.

5.3 Existência de outros sócios, princípio da conservação do capital social e limites para desconsideração inversa

A jurisprudência brasileira não vê a existência de outros sócios nem a incompatibilidade entre a desconsideração em sentido inverso e o princípio da conservação do capital como empecilhos para a aplicação da desconsideração inversa. São, aliás, raros os autores que enfrentam o assunto.

Não nos parece, de fato, que devam ser assim encaradas. O prejuízo do sócio de boa-fé e a ofensa ao princípio da conservação do patrimônio social (garantia dos credores gerais) só ocorrerão verdadeiramente se não houver uma contrapartida injustificada. Todavia, quase que na totalidade das vezes, a contrapartida existe e consiste no benefício impróprio auferido pela sociedade com o desvio de bens que permite a desconsideração.[40] A utilização do patrimônio desviado indevidamente para quitação do credor imediato é, desse modo, um meio de se evitar o enriquecimento desmerecido, em nada diminuindo a garantia real dos demais credores.

Daí decorre também um bom critério para estipularmos os limites para o ataque ao patrimônio da sociedade personificada. Cremos que a responsabilidade da pessoa jurídica por obrigações de seus membros não poderá ultrapassar o valor das transferências abusivas, sob pena de realmente se causar lesão a terceiros de boa-fé, principalmente na presença de entes coletivos com mais de um sócio.

Conclusões

Em síntese, podemos, após o estudo, expor o seguinte:

1. A desconsideração da personalidade jurídica é um dos temas mais complexos do direito societário contemporâneo. As nuances do instituto e as inúmeras hipóteses de aplicabilidade, bem como as características dos sistemas jurídicos, fizeram com que o assunto fosse abordado de variadas formas nos sistemas jurídicos;

2. De um modo geral, busca-se, com as teorias da desconsideração, a derrogação episódica dos efeitos da personificação para evitar um resultado incompatível com sua função jurídica;

3. Nos países de origem anglo-saxônica aplica-se a "*disregard*" de maneira "fato-específica", sendo a análise dos requisitos realizada, essencialmente, diante das circunstâncias do caso em concre-

[40] Em sentido mais ou menos parecido, Salomão Filho (2006, p. 223).

to. Já nos Estados que adotam o sistema romano-germânico, doutrina e jurisprudência procuram fundamentá-la em critérios gerais e abstratos, reduzindo a margem discricionária, mas não a eliminando completamente;

4. Coube, principalmente, à doutrina alemã a importante tarefa de sistematizar os grupos de casos que acarretam a desconsideração nos sistemas jurídicos romano-germânicos. Nesse sentido, não obstante a existência de outras classificações, destacamos o arranjo das hipóteses em casos de imputação ou atribuição (pelos quais determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos do sócio são imputados à sociedade e vice-versa) e casos de responsabilização (pelos quais a regra da responsabilidade limitada presente em alguns tipos societários é quebrada, podendo-se ir ao patrimônio do sócio para quitar dívidas que, inicialmente, seriam da sociedade);

5. O instituto da "desconsideração da personalidade jurídica" é, frequentemente, confundido com o da responsabilidade pessoal. Nessa modalidade jurídica, diferente do que acontece com o levantamento do véu societário, responde-se pelas dívidas da sociedade em virtude de um ato com excesso de poder ou contrário à lei, ao estatuto ou ao contrato. O ataque ao patrimônio alheio decorre, portanto, do ilícito do agente, e não do desvio e da manipulação da pessoa jurídica;

6. O desenvolvimento da teoria da desconsideração no Brasil é confuso. A "expressão" tem sido usada em situações muito diferentes, abarcando, de um lado, a perfuração da armadura societária condicionada à caracterização da manipulação abusiva, típica da doutrina clássica, e, de outro, aquela provocada pela simples insatisfação de crédito perante a sociedade e prevista expressamente na norma (ver art. 28 do CDC – nota 26);

7. O Novo Código Civil brasileiro fomentou o debate e a aplicação da teoria da desconsideração no direito privado ao autorizar, expressamente (art. 50), a responsabilização dos sócios e/ou administradores por abuso da pessoa jurídica caracterizado por desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial;

8. Tradicionalmente, a desconsideração da personalidade jurídica é aplicada para responsabilizar os sócios e/ou administradores e/ou atribuir (imputar) a eles atos e/ou obrigações assumidas em nome da sociedade. Contudo, é possível, também, em determinadas situações, a utilização invertida (ou às avessas) do instituto para responsabilizar a pessoa jurídica ou atribuir a ela atos e/ou obrigações realizadas em nome do sócio e/ou administrador. Não se trata de grande novidade no Direito, visto que existem relatos do uso efetivo no direito norte-americano desde

a década de 1950. Entretanto, não se pode negar que, nas últimas décadas, o tema passou a ter maior atenção e visibilidade, sobretudo quando relacionado ao Direito de Família e Sucessões;

9. A doutrina e a jurisprudência brasileira têm, majoritariamente, aceitado a desconsideração inversa da personalidade jurídica, prevalecendo, e, a nosso ver, bem, a interpretação teleológica do art. 50 do CC à literal;

10. No Direito brasileiro, a consequência da simulação não deveria ser a desconsideração da personalidade jurídica, e sim a declaração de invalidade do ato e/ou da obrigação falsa. Isso porque o Código Civil brasileiro prevê que a simulação gera nulidade, e não anulabilidade, ferindo, segundo o legislador, norma de ordem pública. Incompatível, portanto, o afastamento apenas episódico;

11. A existência de outros sócios e o princípio da conservação do capital não são obstáculos intransponíveis para a utilização da desconsideração inversa. Nas situações em que ocorre o desvio de bens do sócio para a sociedade, a desconsideração é apenas um meio de impedir o enriquecimento desmerecido, não havendo, assim, prejuízo injusto para os demais sócios e credores de boa-fé. Por esse motivo, entendemos que o limite de ataque ao patrimônio social deve corresponder, no máximo, ao montante transferido indevidamente.

Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade**: as empresas no direito. Coimbra: Almedina, 1996 (reimpressão 1999).

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Diálogos com a Jurisprudência I: Deliberações dos Sócios Abusivas e Contrárias aos Bons Costumes. **Direito das sociedades em revista**, Coimbra: Almedina, ano 1, v. 1, p. 33-47, 2009.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Diálogos com a Jurisprudência II: Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica. **Direito das sociedades em revista**, Coimbra: Almedina, ano 2, v. 3, p. 49-65, 2010.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Diálogos com a Jurisprudência III: Destituição de administradores. **Direito das sociedades em revista**, Coimbra: Almedina, ano 3, v. 5, p. 11-24, 2011.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial.** 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2013. Volume II.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil.** São Paulo: MP, 2005.

AURELIANO, Gislaine Fernandes de Oliveira Mascarenhas; BONOMO, Carla. A teoria às avessas e seus reflexos no direito empresarial e no direito de família. **Scientia iuris**, Londrina, v. 14, p. 255-280, nov. 2010.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor:** lei 8.078. Brasília: Diário Oficial da União, 12 set. 1990.

BRASIL. **Código Civil**: lei 10.406. Brasília: Diário Oficial da União, 10 jan. 2002.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943.

BRASIL. **Lei nº 8.884.** Brasília: Diário Oficial da União, 13 jun. 1994.

BRASIL. **Lei nº 6.404.** Brasília: Diário Oficial da União, 17 dez. 1976.

BRASIL. **Lei 12.529**. Brasília: Diário Oficial da União, 1º nov. 2011.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:** Decreto-lei 4.657, Rio de Janeiro, 9 set.1942.

BRASIL. **Lei nº 9.605.** Brasília: Diário Oficial da União, 13 fev. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.236.916:** RS (2011/0031160-9). Brasília: 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 948.117:** MS (2007/0045262-5). Brasília: 2010.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Desconsideração da personalidade jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil:** Teoria Geral (volume 1). Versão Digital (epub). 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa: sociedades. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. Volume 2.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das sociedades:** parte geral, volume I. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial.** Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, Pedro. **A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais.**

2ª edição. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2005.

CRESPI, Gregory S. The Reverse Piercing Doctrine: Applying Appropriate Standards. **Journal of Corporation Law**, Iowa, v. 33, p. 33-69, 1990-1991.

DINIZ, Maria Helena. Comentários ao Código Civil Brasileiro (art. 1º ao 232). *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.) **Código Civil Comentado**. 8ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 1.

DUARTE, Diogo Pereira. **Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio.** Coimbra: Almedina, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 11ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2013. Vol. 1.

FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano.** Roma: Athenaeum, 1921.

FRANCESCHELLI, Vicenzo; LEHMAN, Michael. Superamento della Personalità Giuridica e Società Collegate: Svilippi di Dirito Continentale. **Quaderni di Giurispruzenza Commerciale**, Milão, n. 87, p. 68-134, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral, V.1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlo Roberto. **Curso de Direito Civil:** parte geral (volume 1). Versão digital (epub). 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

JOANES. David Massara. **Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao inverso.** 2010. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da Personalidade Jurídica:** *Disregard Doctrine* e os Grupos de Empresas. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **A disregard e a sua efetivação no juízo de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MADALENO, Rolf. **Direito de família:** aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0024.12.296920-7/001.** Belo Horizonte, 2014.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1976.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil:** alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PORTUGAL. Código das Sociedades Comerciais. Lisboa: 1986. *In*: **Código das Sociedades Comerciais.** 29ª Edição (compilada por M. Nogueira Serens). Coimbra: Almedina, 2014.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *In*: _____. Aspectos modernos do direito comercial: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1977.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica: Disregard Doctrine. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 410, p. 12-24, 1969.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 1º Volume. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **A tutela dos credores da sociedade por quotas e a "desconsideração da personalidade jurídica".** Coimbra: Almedina, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível no. 70006 948889:** Sétima Câmara Cível. Porto Alegre, 2003.

RUDORFER, Michala. **Piercing the Corporate Veil**: A Sound Concept. New York: Grin, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidade en las sociedades mercantiles:** el abuso de derecho por médio de la persona jurídica. Traducción y comentários de derecho español por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.

SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 780, p. 47-58, 1997.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade jurídica no Direito Brasileiro.** São Paulo: LTr, 1999.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o CDC e o Código Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 794, p. 76-94, 2001.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: Teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2008. Volume 1.

VERRUCOLI, Piero. **Ill superamento della personalitá giuridica delle sociedade de capitali nella comon law e nella civil law.** Millano: Giufreè, 1964.

WORMSER, I. Maurice. Disregard of Corporate Fiction: When and Why. *In*: **Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems.** Washington: BeardBooks, 2000a.

WORMSER, I. Maurice. Piercing the Veil of Corporate Entity. *In*: **Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems.** Washington: BeardBooks, 2000b.

WORMSER, Maurice. **Disregard of corporate fiction and allied comporation problems.** New York: Baker Voorhis and Company, 1929.

XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 69-85, abr./jun. 2002.

Sociedade pós-moderna: informação no consumo alternativo

Martiane Jaques La Flor
Mestre em Direito pela UFRGS
Especialista em Direito Imobiliário e em Direito Notarial e Registral
Advogada e professora de Direito

"[...] só existe opção quando se tem informação... Ninguém pode dizer que é livre para tomar o sorvete que quiser se conhece apenas o sabor limão" (DIMMENSTEIN, 2015).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar o direito de informação em uma relação de consumo não clássica, tal qual a de indivíduos adeptos ao veganismo. Dentro desse escopo se analisará o consumo na sociedade pós-moderna, fazendo-se um escorço sobre as novas tendências de consumo. A hipervulnerabilidade desse "novo consumidor" será ressaltada, balizando-a com o direito fundamental à informação, direito devido a todos os indivíduos. Nessa seara o princípio da isonomia será aviltado como norte em defesa da publicização do conhecimento que *a priori* é restrito ao fornecedor.

Palavras-chave*:* Consumidor. Direito fundamental à informação. Veganismo. Princípio da publicidade.

ABSTRACT

This study aims to investigate the information right regarding the nonclassical consumer, like the adherents to the veganism. Within this scope will analyze consumption in postmodern society, making it a foreshortening on emerging consumer trends. The ultra vulnerability that this "new consumer" will be highlighted, balancing it with the fundamental right to information the right due to all individuals. In this area the equality principle will be elevated as a north in defense of publicity that in thesis the knowledge is restricted to the supplier.

Keywords: Consumer. Fundamental right to information. Veganism. Principle of publicity.

Introdução

O presente estudo tem a pretensão de explorar dentro do mercado consumerista aquele consumo não tradicional.

A sociedade pós-moderna é caracterizada pelo dinamismo e a presença de novas tecnologias. Antes dessa revolução tecnológica, a informação não detinha um papel de relevância na sociedade; hoje, entretanto, a informação detém valor, já que influencia diretamente na tomada de decisões, fazendo surgir a chamada sociedade da informação ou infoera.

Todas as comunicações são rápidas, diminuindo o tempo de reûexão dos consumidores, o que tem por consequência uma aceleração no processo de consumo. Tal consumo não é refletido ou analisado, mas desenfreado e exagerado, fruto de um *marketing* avassalador. Afora isso, a informação fica adstrita ao fornecedor, que publicizará o que lhe é conveniente.

Nesse diapasão verifica-se que a vontade livre somente é atingida quando há plena e clara informação ao consumidor. Lutas constantes foram travadas para que um dia os rótulos dos produtos trouxessem a indicação de ser ou não ele *diet*, de conter ou não glúten, de causar ou não dependência e de conter uma quantidade X de sódio, por exemplo.

Neste trabalho se busca mais, com o intuito de defesa de uma classe que cresce ainda a passos curtos no Brasil, mas que atinge um nível significativo em países mais desenvolvidos: defende-se a quebra do monopólio de conhecimento do fornecedor na medida em que se argui a necessidade de divulgação junto aos produtos, a informação de ele ser de origem animal ou de conter traços ou mesmo ter se utilizado de animais para sua fabricação. Informação decisiva para pessoas que adotam o veganismo como estilo de vida.

O trabalho está da seguinte maneira esquematizado: abordaremos de pronto a questão do consumo nas sociedades pós-modernas e em especial a nova tendência de consumo livre de qualquer elemento de origem animal. Posteriormente será estudada a hipervulnerabilidade desses consumidores não padronizados balizando-a com o direito fundamental à informação e o princípio da igualdade, primordialmente.

1 Consumo alternativo nas sociedades pós-modernas

A proteção do consumidor foi constitucionalmente albergada entre as garantias individuais conforme art. 5º, XXXII, bem como no artigo 170, V, ambos da Constituição Federal de 1988, o que

implicou o surgimento, em 1990, do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro).

O próprio artigo 2° do CDC tratou de conceituar o que seria consumidor[1]: "é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". Segue, em seu art. 3º conceituando o que é fornecedor:

> toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Relação de consumo é aquela relação travada entre esses dois agentes: consumidor e fornecedor; portanto, definida através da qualidade de seus componentes. O objeto da relação de consumo, que é o alvo da negociação entre eles, divide-se em duas espécies: produto e serviço. Neste trabalho iremos nos ater apenas à primeira espécie.

As relações de consumo em uma sociedade pós-moderna são caracterizadas pelo dinamismo crescente, com massificação dos produtos, muito embora as informações devidas ao consumidor não acompanhem esse movimento. Nesse diapasão encontramos os veganos, grupo ainda apoucado de pessoas que diariamente enfrentam problemas para adquirir seus produtos com liberdade e consciência.

1.1 Escorço sobre a nova tendência de consumo: o veganismo

Entre muitas tendências de consumo, verificamos o Veganismo. Veganismo vem do inglês "*vegan*" e existe desde 1944.[2] Desvincula-se do vegetarianismo por, além de não aceitar a carne na alimentação, abolir também qualquer produto que tenha sido produzido através do uso de animais.

Segundo o dicionário Priberam, veganismo é "ideologia que advoga o boicote aos produtos de origem animal e às actividades

[1] Não iremos nos ater às diferentes correntes de conceituação de consumidor (finalista, maximalista e finalismo aprofundado), porém lembramos que a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é a teoria finalista ou também denominada subjetiva.

[2] THE VEGAN Society. **History of the Society**. Disponível em: <http://www.vegansociety.com/about/history.aspx>. Acesso em: 10 jan. 2015.

em que os animais possam ser usados ou explorados [O veganismo defende um regime alimentar vegetalista]".

Conforme a sociedade vegana: "Veganismo é o modo de vida que busca eliminar toda e qualquer forma de exploração animal, não apenas na alimentação, mas também no vestuário, em testes, na composição de produtos diversos, no trabalho, no entretenimento e no comércio".

É, portanto, uma filosofia de vida motivada por convicções éticas de proteção dos direitos dos animais, na qual se extirpa qualquer tipo de exploração destes, com abolição a produtos considerados especistas, ou seja, atribuição de valor ou direito diferente a seres a depender de sua espécie.

Um vegano não utiliza nenhum tipo de produto que possua traços de animais ou que tenha sido até mesmo testado em animais e aí começa o problema, pois ao adentrar as prateleiras dos supermercados essas informações lhe são negadas. O resultado disso é a aglomeração desses indivíduos em tribos, criando *websites* próprios em que divulgam informações aos demais sobre o produto ser ou não vegano.

Há muitos *websites* brasileiros e outros tantos estrangeiros que tentam trazer o conhecimento a essa parcela esquecida da coletividade. A sociedade vegana possui um *link* em que se pode até mesmo consultar se um ingrediente é ou não de origem animal.[3] Outros *sites* trazem produtos para venda, promovendo um comércio "informal", sem nenhuma fidedignidade das informações veiculadas, deixando esses consumidores à deriva. Outros ainda, por insegurança, acabam produzindo seus próprios produtos e/ou promovendo escambo com quem produza outros.

Em dezembro de 2011 uma pesquisa do *Vegetarian Resource Group* conduzida pela *Harris Interactive* constatou que 16% dos americanos dizem que não comem carne, peixe, frutos do mar ou aves em mais da metade das suas refeições. Dos 5% dos que disseram que seguem o estilo de vida vegetariano todo o tempo, cerca de metade são também veganos e cortam laticínios e ovos, dado que vem pressionando o mercado alimentício tornando opções livres de carne muito populares nas redes de restaurante.[4]

---

[3] SOCIEDADE vegana. **Lista geral de ingredientes**. Disponível em: <http://www.sociedadevegana.org/index.php?option=com_quickfaq&view=category&cid=25&Itemid=1>. Acesso em: 14 ago. 2015.

[4] LOS Angeles Times. **More vegans, vegetarians fuel meatless market. Soy burger anyone?** Disponível em: <http://www.latimes.com/business/money/la-fi-mo-meatless-vegans-vegetarians-20120320,0,3945988.story>. Acesso em: 20 fev. 2013.

No Brasil não é diferente: segundo pesquisa do IBOPE (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística), 9% da população brasileira é vegetariana. A pesquisa foi realizada entre agosto de 2009 e julho de 2010 com 18.884 pessoas, comparando os hábitos de consumo de homens e mulheres.[5] Ademais, o crescente número de negócios que respeitam os direitos dos animais vem se proliferando,[6] fenômeno que ratifica o crescimento do veganismo no país.

Em março de 2013, o IBOPE Inteligência realizou pesquisa nacional de opinião pública no Brasil para a *Humane Society International*[7] sobre testes em animais para cosméticos, o que demonstrou que 66% dos entrevistados foram favoráveis ao fim de testes em animais para fins cosméticos. Essa informação já é veiculada nos rótulos de alguns países: existem selos de certificação, como o "Cruelty Free", concedido pela organização Peta após pesquisas.[8]

No Brasil, por falta de legislação, há outras organizações desvinculadas do governo que tentam controlar o mercado consumidor vegano, instituindo seus próprios selos, tais como o "selovegano.com.br", ou o instituído pela Sociedade Vegetariana Brasileira (SVB) em parceria com a Ecocert Brasil. Há também movimentos de coletas de assinaturas em petições públicas[9] dirigidas ao Senado Federal clamando por mais clareza nos rótulos dos produtos. São alternativas à falta de informação pelos fornecedores, enquanto tramitam no Congresso Federal diversos projetos de lei nesse sentido. Um deles é o projeto de lei 215/2007[10], do Deputado Ricardo Tripoli (PSDB-SP),

---

5 VISTA-SE. **Redesocial**. Disponível em: <http://vista-se.com.br/redesocial/ibope-175-milhoes-de-brasileiros-sao-vegetarianos/>. Acesso em: 2 mai. 2013.

6 GLOBO. **Pequenas empresas e grandes negócios**. Disponível em: <http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/0,,EMI130934-17153,00-UM+MERCADO+DE+RAIZES.html>. Acesso em: 23 jul. 2015.

7 HSI. **Opinião pública no Brasil sobre testes em animais para cosméticos**. Disponível em: <http://www.hsi.org/portuguese/issues/cosmetic_product_testing/facts/pesquida_de_opinao.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015.

8 FOLHA de São Paulo. **Testes em animais ainda são um tabu na área da beleza**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/1116406-testes-em-animais-ainda-sao-um-tabu-na-area-da-beleza.shtml>. Acesso em: 2 jan. 2015.

9 AVAAZ. Petition. Disponível em: <http://www.avaaz.org/po/petition/Selo_nos_produtos_informando_se_testa_em_animais/>. Acesso em: 20 ago. 2015.

10 BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=341067>. Acesso em: 2 ago. 2015.

instituindo o Código Federal de Bem-Estar Animal que traz entre as normatizações a obrigatoriedade de informar sobre testes em animais nas embalagens dos cosméticos. Embora significativo, esse projeto não supre as necessidades do consumidor vegano, uma vez que restringe a obrigatoriedade dessa divulgação apenas aos cosméticos, não alcançando outras linhas de consumo.

Em 2009 foi proposto projeto de lei (PLS 01/09)[11] que supriria os anseios do povo vegano, alterando texto do Código de Defesa do Consumidor, elencando entre os direitos deste a obrigatoriedade, da parte dos fabricantes, de incluir nos rótulos e etiquetas de alimentos e roupas uma frase clara informando se ali havia ou não ingredientes de origem animal, porém tal projeto foi arquivado. No mesmo ano, em nível estadual, foi aprovado projeto de lei (PL 479/09) na Assembleia Legislativa de São Paulo, sendo, ao fim, vetado pelo governador sob a alegação de que tal matéria é de competência federal.

Por fim, em 2013, cuidando para que o texto não fosse amplo em demasia e, assim, não impusesse ônus econômico insuportável aos fabricantes, o que redundaria em sua rejeição ou veto, o Deputado Ricardo Izar Jr. elaborou o projeto de lei 5199/2013[12], o qual impõe aos fabricantes de produtos de gêneros alimentícios que informem no rótulo e na embalagem se o produto possui ingredientes de origem animal, sem, no entanto, precisar especificar quais.

Houve o cuidado de não se alargar muito a exigência de informação (como em peças e vestuários), utilizando-se da justificativa de defesa do direito à saúde e da liberdade religiosa.

Com premissas de que tal projeto é, antes de tudo, uma medida voltada à saúde, já que diversas pessoas possuem intolerância à lactose e alergia a proteína de origem animal, e de liberdade religiosa, uma vez que diversas religiões, tais como o budismo, o judaísmo e o islamismo, não permitem a ingestão de alimentos com ingredientes de origem animal em determinados períodos do ano ou sempre, a tendência é que ele seja aprovado.

Como se percebe, esse projeto, virando lei, não resolve o problema da informação ao consumidor vegano, porém será um

[11] BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/89240>. Acesso em: 1 set. 2015.

[12] BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4F66B26832BC1CC313A04CF953474684.node1?codteor=1067763&filename=Tramitacao-PL+5199/2013>. Acesso em: 1 out. 2015.

importante e, diríamos, inteligente passo nesse sentido, pois historicamente já foi comprovado que projetos mais audaciosos não conseguem ainda ser aprovados.

Dessa forma, vislumbramos nesse panorama atual que consumidores veganos se encontram tão à deriva quanto outrora se encontravam os diabéticos, hipertensos, celíacos e até mesmo consumidores ditos "comuns" que não desejavam se alimentar de produtos transgênicos e aqueles que, fumantes, não detinham as informações, hoje obrigatórias aos rótulos, estipuladas pelo art. 220, § 4º, da CF.

1.2 Hipervulnerabilidade do consumidor não padrão

O consumidor não é único, cada um é dotado de sua individualidade. Antigamente diabéticos, ou seja, pessoas portadoras de diabetes, doença na qual o fígado não produz insulina suficiente para a quebra da glicose, e, portanto, obrigadas à dieta isenta do consumo de açúcares corriam risco de consumirem um produto que continha altas doses desse carboidrato devido à insuficiente informação nos produtos. Ainda hoje, percebe-se a confusão encontrada na diferenciação de produtos *light* e *diet.*[13] Tais produtos, segundo Vilela (*apud* VIEIRA; CORNÉLIO, 2005, p. 16), "eram encontrados em lojas especializadas, em farmácias ou em alguma prateleira obscura em uma seção especial de alimentos dietéticos".

Os hipertensos, pessoas com alta pressão arterial, que, em razão disso, devem reduzir o consumo de sódio, também enfrentavam problemas na hora de identificar qual produto podiam ou não adquirir sem colocar sua saúde em risco. O mesmo ocorria com os celíacos, indivíduos com intolerância permanente ao glúten, que é uma proteína encontrada no trigo, centeio, cevada, aveia e malte.

Por fim, consumidores avessos a alimentos geneticamente modificados ficaram igualmente ao alvedrio dos fornecedores. Nas palavras da professora gaúcha Marques (2011, p. 337-338):

> Informar e compensar esta vulnerabilidade [vulnerabilidade informacional] é a única maneira de preservar os valores constitucionais envolvidos no caso da colocação no mercado de consumo de alimentos e ingredientes geneticamente modificados, que são: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, *caput*), à liberdade (que inclui a escolha

[13] ABRAS. Legislação. Disponível em: <http://www.abras.com.br/site_antigo/web/clipping.php?area=4&clipping=32182>. Acesso em: 20 dez. 2014.

> alimentar) (art. 5º, *caput*), à informação (art. 5º, XIV) e à proteção dos interesses do consumidor (art. 5º, XXXII).

Estavam esses consumidores à mercê da boa vontade do fornecedor de divulgar claramente em seus rótulos a composição dos produtos, implicando posições supervulneráveis (hipervulnerabilidade), pois, além da vulnerabilidade comum encontrada em todo consumidor, denominada por Herman Benjamin (*apud* MARQUES, 2012, p. 44) vulnerabilidade geral do art. 4º, I, do CDC, detinham "vulnerabilidade especial à situação pessoal do consumidor, seja ela permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)".

O Código de Defesa do Consumidor reconhece que todos os consumidores são vulneráveis, assim como assegura o instituto da inversão do ônus da prova ao consumidor hipossuficiente. Necessária é a distinção:

> O princípio da vulnerabilidade é um traço inerente a todo consumidor de acordo com o art. 4º, inciso I do CDC. Já a hipossuficiência é uma marca pessoal de cada consumidor que deve ser auferida pelo juiz no caso concreto, tendo em vista o art. 6º, inciso VIII do CDC que assim dispõe: São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Portanto, é errônea a utilização dos termos como sinônimos, já que, se assim o fosse, todo consumidor teria direito à inversão do ônus da prova (DUARTE; BRITO, 2011).

Para a mestre do Direito do Consumidor, Marques (2011, p. 323-324), a vulnerabilidade se apresenta sob quatro aspectos: técnica, jurídica, fática e informacional.

Na vulnerabilidade técnica, o comprador é mais vulnerável de ser enganado quanto às características e utilidades do bem tendo em vista sua falta de conhecimento específico sobre este.

A vulnerabilidade jurídica ou também denominada científica é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia, ou seja, conhecimentos de áreas específicas.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica relaciona-se ao poderio exercido pelo fornecedor a todos que com ele contrata, quer sendo detentor de monopólio, quer sendo economicamente

forte ou até mesmo pela essencialidade do serviço que presta.

Já a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, do CDC) representa o maior fator de desequilíbrio da relação, pois fornecedores, "mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação".

Pacífico que o consumidor é vulnerável, porém o consumidor vegano, além de vulnerável, é minoria na sociedade, impingindo-se a ele uma condição de inferioridade (*hipervulnerabilidade*), e, por isso, enfrenta maior resistência dos fornecedores em ter sua pretensão atendida, qual seja, a de uma informação eficaz para que ele possa tomar uma deliberação não viciada, ou, nas melhores palavras de Nunes (2000, p. 295), "fazer escolhas acertadas de acordo com a necessidade e desejos individuais".

Sua *hipervulnerabilidade* se sustenta em razão de apresentar uma condição especial, bem como pelo fato de representar parcela mínima e discriminada da sociedade com interesse em divulgação de dados que para a maioria é indiferente.

2 Informação nas relações de consumo: direito de todos

O princípio da vulnerabilidade do consumidor vem ao encontro do princípio da igualdade, pilar constitucional (art. 5º, CF) e norma diretriz de todo o ordenamento jurídico. Tal princípio guarda, por sua vez, ligação com o direito de informação, como vemos no julgado:

> O direito do consumidor e, em contrapartida, o dever do fornecedor de prover as informações e de o de [*sic*] obter aquelas que estão apenas em sua posse, que não são de conhecimento do consumidor, sendo estas imprescindíveis para colocá-lo em posição de igualdade, bem como para possibilitar a este que escolha o produto ou serviço conscientemente informado, ou, como denomina Sérgio Cavalieri Filho, de consentimento informado, vontade qualificada ou, ainda, consentimento esclarecido, consoante leciona Sergio Cavalieri Filho. Programa de responsabilidade civil, São Paulo: Atlas, 2008, p. 83. [...] Deveras, é forçoso concluir que o direto à informação tem como desígnio promover completo esclarecimento quanto à escolha plenamente consciente do consumidor, de maneira a equilibrar a relação de vulnerabilidade do consumidor, colocando-o em posição de segurança na negociação de consumo, acerca dos dados relevantes para que a compra do produto ou serviço ofertado seja feita de maneira consciente (STJ - REsp 976836/RS, Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 25/08/2010).

A exposição de motivos do CDC (1989, p. 1663)[14] tomando por base a resolução 39/248 de 16 de abril de 1985 da ONU já defendia "o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer escolhas bem seguras conforme os desejos e necessidades de cada um".

2.1 Informação como direito do consumidor

Quando há uma escolha por parte do consumidor, ela já vem mitigada, pois o fornecedor é quem detém a decisão de pôr no mercado o que e da maneira que lhe convém. Obviamente, inserto numa economia de mercado, pautará tal atitude visando sempre ao seu lucro. Nesse sentido a não divulgação de ser ou possuir o produto origem animal vai de encontro ao lucro empresarial, uma vez que a ignorância do consumidor vegano pode levá-lo a consumir algo que rechaçaria se detivesse conhecimento. "A decisão de 'in-formar' é a decisão de (dar) forma e passar de seu âmbito de domínio algo imaterial para o outro, a informação" (MARQUES, 2011, p. 336-337).

Nossa legislação vem caminhando na tentativa de regulamentar o direito à informação, principalmente na área da alimentação, um exemplo é o Dec. 4.680/2003, o qual normatiza informações de alimentos produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. A Lei 10.674, de 16 de maio de 2003, obriga que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca. A resolução-RDC nº 360, de 23 de dezembro de 2003, tornou obrigatória a rotulagem nutricional[15], a Portaria nº 2658, de 22 de dezembro de 2003[16], regulamentou o

[14] BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257BF015D689-1E66-4F29-8D6B-B5B064BD6E95%257D%26ServiceInstUID%3D%257B7C3D5342-485C-4944-BA65-5EBCD81ADCD4%257D&ei=0s6TUb7bLITc8wTf_YDgDg&usg=AFQjCNGRq-wbttpeC_mlUAQMeTdc2HmhaQ&sig2=Vp83evHWPUM5BjiarlSUhw>. Acesso em: 2 mai. 2015.

[15] Requisitos do rótulo encontram-se na resolução. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1c2998004bc50d62a671ffbc0f9d5b29/RDC_N_360_DE_23_DE_DEZEMBRO_DE_2003.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 2 mai. 2015.

[16] _____. Portaria nº 2658, de 22 de dezembro de 200. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1e3d43804ac0319e9644bfa337abae9d/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 2 maio 2015.

emprego do símbolo transgênico. O Decreto nº 6.323, de 27 de dezembro de 2007[17], que regulamentou a Lei nº 10.831, de 23 de dezembro de 2003, dispôs sobre a agricultura orgânica e seu selo identificador. E a jurisprudência não ficou para trás, o TRF da 1ª Região reconheceu direito do consumidor a ter no rótulo informações sobre alimentos geneticamente modificados.[18]

Porém, por mais que a instrução normativa nº 46, de 6 de outubro de 2011[19], a qual estabelece o regulamento técnico para os sistemas orgânicos de produção animal, traga normas de bem-estar físico e mental animal, não é o que os veganos procuram. Busca-se uma informação que hoje lhes é vedada, qual seja, de se no processo de produção de determinado produto em algum momento houve uso de material animal, ou do próprio animal.

Nesse diapasão, lembra-se que o direito à informação tem tríplice função no CDC: ora de objetivo (art. 4º, *caput*), ora de princípio informador (art. 4º, IV) e outrora de direito do consumidor (art. 6º, III).

Para que o consumidor possa tomar sua decisão de forma livre e consciente, necessária se faz uma informação nítida e adequada, a qual é advogada pelo artigo 6º, inciso III do CDC (com reflexo no art. 5º, XIV, CF), perfectibilizando o princípio do dever de informar, para que haja assim harmonia e transparência nas relações de consumo, conforme objetivos explícitos do artigo 4º do CDC.

Como bem enumera Vieira e Cornélio (2005, p. 10), as relações de consumo possuem princípios gerais fundamentais albergados entre os arts. 1º e 7º do CDC: "a) princípio da transparência e o direito à informação; b) princípio da irrenunciabilidade de direitos e autonomia da vontade; c) princípio do equilíbrio contratual e a vulnerabilidade do consumidor". Princípios esses que guardam estreita relação com o tema posto aqui em debate.

Sobre o princípio da transparência, Tomasetti Jr. (2010, p. 69) discorre: "transparência significa uma situação informativa favorável à apreensão racional – pelos agentes econômicos que

---

[17] IBD. Diretrizes e legislação. Disponível em: <http://www.ibd.com.br/Media/arquivo_digital/5e46d74a-ad99-40c4-be75-e47e79f66fbc.pdf>. Acesso em: 3 maio 2015.

[18] TRF1, AC 2001.34.00.022280-6/DF, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, julgado em 13/08/2012. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=222432120014013400>. Acesso em: 2 maio 2015.

[19] IBD. Diretrizes e legislação. Disponível em: <http://www.ibd.com.br/Media/arquivo_digital/949e7fda-d8d4-45da-949d-2e923a90f4d2.pdf>. Acesso em: 2 maio 2015.

figuram como sujeitos naquelas declarações". E segue o autor: "a informação tem o sentido funcional de racionalizar as opções do consumidor".

O princípio da transparência expresso no artigo 4º do CDC, combinado com o já referido artigo 6º, III, que caracteriza o dever de informar, justifica a necessidade de informação prévia, plena e precisa nos rótulos dos produtos postos ao consumo, não se admitindo qualquer tipo de omissão.

Rotulagem, segundo a portaria 2658/03 da ANVISA, é "toda inscrição, legenda, imagem ou toda matéria descritiva ou gráfica que seja escrita, impressa, estampada, gravada, gravada em relevo ou litografada ou colada sobre a embalagem".[20] O manual de orientação aos consumidores da ANVISA (2013, p. 5)[21] afirma que "os rótulos são elementos essenciais de comunicação entre produtos e consumidores. Daí a importância das informações serem claras e poderem ser utilizadas para orientar a escolha adequada de alimentos", ou seja, o rótulo é a forma de se fazer um consumo informado.

Em janeiro de 2000, os consumidores foram indagados em pesquisa de opinião e o resultado foi claro ao apontar o desejo da obtenção das informações sobre alimentos transgênicos nos rótulos, como expõe Freitas Filho (2003, p. 150), embasado na lista compilada pelo *The Center for Food Safety*, organizada em Washington, Estados Unidos, o que demonstra a sede que possuem os consumidores de saber, de se manterem informados sobre os produtos que estão adquirindo.

Ademais, o princípio da boa-fé objetiva dirige todo contrato consumerista e é traduzido no dever de sinceridade e clareza. Nos dizeres de Marques (2011, p. 216):

> Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

[20] Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1e3d43804ac0319e9644bfa337abae9d/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 2 maio 2015.

[21] BRASIL. ANVISA. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/alimentos/rotulos/manual_consumidor.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

Ao seu turno, Buhatem (2011, p. 14):

> [...] o dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro – legítima expectativa – de conduta pautada na lealdade, correção, probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial ao outro contratante, chamados [*sic*] pela doutrina de 'deveres anexos'.

Para Tadeu (2006, p. 263), o dever de comportar-se segundo a boa-fé vincula "cada uma das partes a comunicar, conforme a verdade, tudo o que a outra parte desconhece a fim de formar juízo sobre a matéria objeto das negociações e fazer firme sua declaração de vontade". No mesmo sentido, Galgano afirma (1990, p. 464): "*il dovere di buona fede assume, anzitutto, il carattere di um dovere di informazione di um aparte nei confronti dell'altra*".

A boa-fé, destarte, é outra justificante da informação no consumo, seguida da norma do art. 31 do CDC[22], que traz o conteúdo da informação que deverá ser prestada e, muito embora a norma refira à característica e composição dos produtos, isso não ocorre na prática quanto à utilização de matéria animal.

E não basta que haja informação, ela deve ser verdadeira: "a veracidade é talvez o elemento mais importante, pois a informação falsa prejudica o consumidor [...] sob o aspecto da supressão de sua autodeterminação [...]" (HARTMANN, 2009, p. 217). Portanto, a informação é pressuposto da autodeterminação, somente com ela haverá o livre-arbítrio para se escolher de acordo com as vontades e necessidades de cada um, pois "informação é poder" (HARTMANN, 2009, p. 217).

Somente através da informação poderemos ter uma real autonomia da vontade do consumidor, igualando-o com o agente fornecedor na relação de consumo, e isso somente é possível através da rotulagem clara e objetiva, imposta por uma legislação federal ou até mesmo estadual, uma vez que a competência para legislar sobre assunto é concorrente dos Estados e da União, conforme artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal, como se percebe no excerto abaixo:

---

[22] "Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores."

> A competência do Estado para instituir regras de efetiva proteção aos consumidores nasce-lhe do art. 24, V e VIII, c/c o § 2º [...]. Cumpre ao Estado legislar concorrentemente, de forma específica, adaptando as normas gerais de 'produção e consumo' e de 'responsabilidade por dano ao [...] consumidor' expedidas pela União às peculiaridades e circunstâncias locais. E foi o que fez a legislação impugnada, pretendendo dar concreção e efetividade aos ditames da legislação federal correlativa, em tema de comercialização de combustíveis (ADI 1.980, voto do rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 16-4-2009, Plenário, *DJE* de 7-8-2009). No mesmo sentido: ADI 2.832, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 7-5-2008, Plenário, *DJE* de 20-6-2008.

2.2 Necessidade de equiparação pelo princípio da isonomia

O CDC tem importante papel na sociedade atual, qual seja, o de proteger a dignidade humana ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, buscando dessa maneira a igualdade material.

Enquanto a igualdade formal não faz diferenciação entre os indivíduos, não considera suas características ou atributos pessoais, aplicando a mesma letra da lei a todos, a igualdade material os diferencia, porém diante de uma razão justificável. Sobre o assunto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> 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 extingüir 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 inconstitucionalidade (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.

A massificação do consumo e a exploração tecnológica são características da dita sociedade pós-moderna, onde o CDC tem importante papel de coibir abusos e igualar partícipes. Em um Estado Democrático de Direito o princípio da igualdade é condição *sine qua non* para efetivação daquele. "A igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, no direito privado brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor"(BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 35), esse novo direito privado é centrado na dignidade da pessoa humana e na ideia de proteção do vulnerável, o consumidor.

Freitas Filho (2003, p. 147), com atitude escorreita, vai ainda mais longe e defende que, para se ter liberdade individual, outro princípio fundamental de Estado Democrático de Direito é necessário: "[...] que aquele que vai tomar a decisão sobre como agir possa orientar sua ação de forma consciente. Somente se chega a uma plena consciência sobre todas as circunstâncias relevantes que envolverão os fatos sobre os quais se terá de decidir por meio da informação".

Dessa maneira, vislumbramos dois vieses da aplicação do princípio da igualdade no consumo vegano: um que busca a igualdade material entre o fornecedor e o consumidor e outro que busca a igualdade entre o consumidor padrão e o consumidor vegano.

Lembra-se que as normas dividem-se em duas categorias básicas: os princípios e as regras, aqueles são definidores de fundamentos para interpretação e aplicação do Direito (LARENZ *apud* ÁVILA, 2009, p. 32), mandados de otimização que se irradiam sobre as normas dando ordem e sentido para todo o ordenamento jurídico. Nunes (2008, p. 9) didaticamente discorre:

> [...] os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao *edifício jurídico*. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se romper. O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Nesse escopo, "agredir um princípio é muito mais grave do que hostilizar mera regra" (OLIVEIRA, 1999, p. 108).

Dessarte, o princípio da igualdade, princípio constitucional expresso tanto no preâmbulo quanto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e codificado no art. 6º, II do CDC, deve ser per-

seguido em todas as tratativas consumeristas para o fim de haver equilíbrio contratual e equilíbrio entre pessoas, segundo a máxima Aristotélica de "tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade".

Pelas razões já expostas é evidente o desequilíbrio encontrado entre o fornecedor – detentor do conhecimento e do poder de divulgá-lo – e o consumidor, parte fraca da relação, justificando uma exegese das normas em seu favor para se atingir isonomia e assim preservar o princípio da dignidade (art. 1º, III, CF). O mesmo desequilíbrio ocorre entre consumidores veganos, parcela mínima na sociedade que não recebe o mesmo tratamento outorgado aos demais consumidores, uma vez que a informação que a eles interessa não é divulgada pelos fornecedores.

Herman Benjamim em julgado do Superior Tribunal de Justiça já afirmava: "ser diferente ou minoria, por doença *ou qualquer outra razão*, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador" (REsp 586.316; Proc. 2003/0161208-5. MG; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; Julg. 17/04/2007; DJE 19/03/2009, grifos nossos).

Para os veganos, a ingestão de qualquer produto animal fere a sua vontade e, em última extensão, a sua dignidade. Para Sarlet (2008, p. 63), é

> [...] dignidade da pessoa humana a 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 assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais 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.

O princípio da dignidade humana ocupa um lugar de destaque no nosso ordenamento, fazendo do indivíduo (qualquer indivíduo) um ser titular de direitos e garantias que deverão não só ser assegurados pelo Estado Democrático de Direito de forma negativa (ao impedir supressões) como também de forma positiva (a garantir efetivamente esses direitos) e ser respeitados pelos seus semelhantes, não admitindo-se discriminação ou arbitrariedade alguma, incorrendo no erro de se ferir a identidade de cada um, um "*droit à la difference*", expressão de Jayme (*apud* MARQUES, 2012, p. 61).

Quanto aos produtos comestíveis ou ingeríveis frisa-se que a alimentação, além de direito social (art. 6º, CF), é meio para manutenção da vida, sendo o direito à vida um dos pilares do nosso Estado (art. 5º, *caput*). Todavia não basta o direito à vida em si, mas a uma vida digna, que para esse grupo de pessoas somente é alcançada com a restrição alimentar animal.

Portanto, imperioso se faz reconhecer o direito de veiculação nos rótulos de qualquer produto da sua procedência animal, na medida em que essa informação é crucial e poderá implicar uma diferente tomada de decisão pelo consumidor vegano.

Veganos são tão consumidores quanto qualquer outro consumidor, o que força o Estado a lhes propiciar os mesmos direitos e garantias daquele. A dignidade de cada pessoa componente de um grupo, por menor que este seja, não é menos respeitável do que de uma outra pertencente à parcela maior e predominante de uma sociedade.

É pela dignidade que se prega a igualdade. É pela liberdade de escolha que se tutela o dever de informar.

Conclusão

O direito à informação, constitucionalmente abrigado na norma do art. 5º, XIV da Constituição Federal, é decorrente do princípio da transparência, que por sua vez provém do princípio da boa-fé objetiva, todos explicitamente insertos no Código de Defesa do Consumidor, ferramenta necessária à promoção da igualdade nas relações de consumo.

Por meio desses princípios, aliados a outros mais, como os da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, verificou-se a necessidade do burilamento dos rótulos dos produtos, para que conste a informação de sua adequação ou não a pessoas veganas. Todos os elementos que possam influir no processo de opção pelo consumidor devem ser informados, sob pena de não se garantir a liberdade e a igualdade, incorrendo no infortúnio de resultar em vontade viciada, não consentida.

Para tanto, patrocinou-se uma igualdade material sobre duas vertentes, uma frente ao fornecedor e outra frente aos consumidores-padrão, o que somente será atingido com uma postura positiva do Estado em informar adequadamente os consumidores veganos, grupo minoritário rechaçado ao esquecimento.

A rotulagem adequada dos produtos é imperiosa não somente em defesa dos direitos fundamentais elencados, mas em amparo à própria Constituição, que se alimenta e se estrutura na dignidade da pessoa humana e na valorização da diferença com promoção da igualdade.

Referências

ABRAS. Legislação. Disponível em: <http://www.abras.com.br/site_antigo/web/clipping.php?area=4&clipping=32182>. Acesso em: 20 dez. 2014.

ANVISA. Resolução-rdc nº 360, de 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect1c2998004bc50d62a671ffbc0f9d5b29/RDC_N_360_DE_23_DE_DEZEMBRO_DE_2003.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 2 maio 2015.

_____. Portaria nº 2658, de 22 de dezembro de 200. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1e3d43804ac0319e9644bfa337abae9d/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 2 maio 2015.

AVAAZ. Petition. Disponível em: <http://www.avaaz.org/po/petition/Selo_nos_produtos_informando_se_testa_em_animais/>. Acesso em: 20 ago. 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. ANVISA. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/alimentos/rotulos/manual_consumidor.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=341067>. Acesso em: 2 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocument ID%3D%257BF015D689-1E66-4F29-8D6B-B5B064BD6E95%257D%26ServiceInstUID%3D%257B7C3D5342-485C-4944-BA65-5EBCD81ADCD4%257D&ei=0s6TUb7bLITc8wTf_ YDgDg&usg=AFQjCNGRqwbttpeC_mlUAQMeTdc2HmhaQ&sig2=Vp83ev HWPUM5BjiarlSUhw>. Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL, STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701873706&dt_publicacao=05/10/2010>. Acesso em: 5 maio 2015.

BUHATEM, Marcelo Lima. Consumidor: direito à informação específica, destacada e pessoal sobre onerosidades. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, n. 86, p. 13-15, 2011.

DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira; BRITO, Alírio Maciel Lima de. **O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro**: origem e conseqüências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade. 5 mar. 2011. Dis-

ponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-vulnerabilidade-e-defesa-do-consumidor-no-direito-brasileiro-origem-e-conseq>. Acesso em: 10 maio 2013.

FOLHA de São Paulo. **Testes em animais ainda são um tabu na área da beleza**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/1116406-testes-em-animais-ainda-sao-um-tabu-na-area-da-beleza.shtml>. Acesso em: 2 jan. 2015.

FREITAS FILHO, Roberto. Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação: uma questão de cidadania. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, v. 40, n.158, p. 143-162, abr./jun. 2003.

GALGANO, Federico. **Diritto Civile e comerciale**. Padova: Cedam, 1990.

GLOBO. **Pequenas empresas e grandes negócios**. Disponível em: <http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/0,,EMI130934-17153,00-UM+MERCADO+DE+RAIZES.html.> Acesso em: 23 jul. 2015.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 18, n. 70, p. 172-235, abr./jun. 2009.

HSI. **Opinião pública no Brasil sobre testes em animais para cosméticos**. Disponível em: <http://www.hsi.org/portuguese/issues/cosmetic_product_testing/facts/pesquida_de_opinao.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2015.

IBD. **Diretrizes e legislação**. Disponível em: <http://www.ibd.com.br/Media/arquivo_digital/5e46d74a-ad99-40c4-be75-e47e79f66fbc.pdf>. Acesso em: 3 maio 2015.

_____. **Diretrizes e legislação**. Disponível em: <http://www.ibd.com.br/Media/arquivo_digital/949e7fda-d8d4-45da-949d-2e923a90f4d2.pdf>. Acesso em: 2 maio 2015.

KD Frases. **Frase de Gilberto Dimmenstein**. Disponível em: <http://kdfrases.com/frase/159374>. Acesso em: 3 dez. 2015.

LOS Angeles Times. **More vegans, vegetarians fuel meatless market**. Soy burger anyone? Disponível em: <http://www.latimes.com/business/money/la-fi-mo-meatless-vegans-vegetarians-20120320,0,3945988.story>. Acesso em: 20 jun. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

_____. 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.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Os juros no novo código civil e suas implicações para o direito do consumidor. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: divisão jurídica, Bauru, SP: Instituição Toledo de Ensino, v. 42, n. 50, p. 115-127, jul./dez. 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Moralidade e impessoalidade administrativa (Parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 766, p. 107-118, ago. 1999.

PRIBERAM. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=veganismo>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOCIEDADE vegana. **Veganismo**. Disponível em: <http://www.sociedadevegana.org/index.php?option=com_content&view=article&id=24:veganismo&catid=18:textos-fundamentais&Itemid=15>. Acesso em: 14 ago. 2015.

TADEU, Silney Alves. O dever de informar: considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 15, n. 58, p. 255-274, abr.-jun./2006.

THE Vegan Society. **History of the Society**. Disponível em: <http://www.vegansociety.com/about/history.aspx>. Acesso em: 10 jan. 2015.

TOMASETTI JR., Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). **Doutrinas essenciais – responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 67-104.

TRF1, AC 2001.34.00.022280-6/DF, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, julgado em 13/08/2012. Disponível em: < http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=222432120014013400>. Acesso em: 2 maio 2015.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; CORNÉLIO, Adriana Regia. Produtos light e diet: O direito à informação do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Rev. dos Tribunais, n. 54, p. 9-27, abr./jun. 2005.

VISTA-SE. **Redesocial**. Disponível em: <http://vista-se.com.br/redesocial/ibope-175-milhoes-de-brasileiros-sao-vegetarianos/>. Acesso em: 2 dez. 2014.

Responsabilidade civil ambiental indireta das instituições financeiras fundada na teoria do risco criado

Marcelo Machado Carvalho
Advogado da CAIXA em São Paulo
Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMO

A Constituição da República, em seu artigo 225, é clara em dispor que toda a coletividade é responsável pela proteção e preservação do meio ambiente para garantir às presentes e futuras gerações uma sadia qualidade de vida. Dessa responsabilidade não se podem furtar as instituições financeiras no exercício de sua atividade de fomento da economia, devendo, nos termos da lei, condicionar a concessão de financiamento ao cumprimento pelo tomador das normas ambientais. Caso atuem com desídia nesse mister e ocorra dano ambiental em decorrência desse crédito, serão, junto com o tomador, responsabilizadas em recuperar o meio ambiente, porém de forma indireta e através da teoria do risco criado.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Poluidor indireto. Instituições financeiras. Teoria do risco.

ABSTRACT

The Constitution , in Article 225, is clear in providing that the whole community is responsible for protecting and preserving the environment to ensure present and future generations a healthy quality of life. This responsibility can not avoid financial institutions in exercising its promotion of economic activity and must by law make the grant funding to compliance by the borrower with environmental standards. If the company acts with negligence in this occupation and environmental damage occurring as a result of this credit will be together with the borrower liable to restore the environment, however, indirectly and through the theory of created risk.

Keywords: Environmental Law. Indirect polluter. Financial institutions. Theory of risk.

Introdução

A atuação das instituições financeiras públicas e privadas no mercado financeiro é de suma importância para o desenvolvimento da sociedade e, assim, faz-se intrínseco a essa atividade o respeito aos princípios e regras do Direito Ambiental na concessão de financiamento a atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras.

A preocupação com o meio ambiente não é tema atual, porém vem recebendo maior atenção nas últimas décadas em decorrência de degradações ambientais que geram mudanças climáticas, escassez de recursos naturais, extermínio da fauna e flora etc..., vindo também a gerar uma maior responsabilização ao que praticou tais degradações, da qual também não poderá se eximir o agente financeiro na concessão de financiamento, caso tenha agido com desídia no seu dever legal de fiscalização da regularidade ambiental do tomador.

Atentas a essa preocupação, as principais instituições financeiras públicas do País (CEF, BB, BNDES, BASA e BNB) celebraram em 1995 o Protocolo Verde[1], atualizado em 2008 e hoje denominado Protocolo de Intenções pela Responsabilidade Socioambiental, que foi seguido, em 2009, pela edição de uma versão para as instituições privadas, denominada Protocolo Verde FEBRABAN[2], documentos estes em que foram estabelecidas diretrizes para a concessão do crédito visando à proteção ambiental.

Sendo a responsabilidade civil ambiental objetiva e solidária entre os causadores diretos e indiretos do dano, em ocorrendo dano ao meio ambiente praticado por beneficiário de financiamento, a instituição financeira que não atendeu as regras do direito ambiental na concessão do crédito certamente será chamada a integrar a lide.

Todavia, sua responsabilidade deverá ser baseada na teoria do risco criado, e não na teoria do risco integral, o que vem sendo aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça em casos análogos. Assim, a instituição financeira concessora de financiamento que não tenha atendido os preceitos de direito ambiental será responsabilizada na qualidade poluidora indireta. Por outro lado, caso tenha agido de acordo com tais regras, não poderá ser responsabilizada ante a ausência de conduta e nexo de causalidade com o dano.

---

1 http://www.caixa.gov.br/Downloads/sustentabilidade/ProtocoloVerde.pdf

2 http://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/protocolo_verde_febraban_abril_2009.pdf

1 Da proteção ao meio ambiente e responsabilidade civil ambiental – elementos de configuração – responsabilidade objetiva e solidária

A preocupação mundial com a proteção ambiental foi tema da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972, em que foi elaborada a Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente, que elenca 26 princípios, tendo como base a necessidade de inspirar e guiar os povos do mundo a preservar e melhorar o meio ambiente.[3]

No Brasil, a Constituição da República de 1988 dedica um capítulo específico à proteção do meio ambiente, dispondo, em seu artigo 225, que

> 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.

A esse respeito, Silva (2009, p. 21) define meio ambiente como

> Meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. É este o aspecto do meio ambiente que a Lei n. 6.938, de 31.8.1981, define, em seu art. 3°, quando diz que, para os fins nela previstos, entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Ressalte-se que quando se fala em meio ambiente se está a tratar de todas as suas vertentes, ou seja, o meio ambiente natural, artificial, do trabalho, cultural e sobre o patrimônio genético.

Também prevê a Constituição, no § 3º do artigo 225, o dever de recuperação de áreas degradadas: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

---

[3] http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html

Todavia, precedente à Constituição, a Lei Federal nº 6.938/1981 criou a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecendo como se dará a proteção ambiental. Vejamos:

> A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: [...].

No inciso IV do seu artigo 3º, a lei traz o conceito de poluidor e sua responsabilidade solidária caso haja mais de um agente, temas estes pacíficos e indiscutíveis no Direito Ambiental pátrio, quais sejam: "poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

A mesma lei, no inciso VII do seu artigo 4º, traz como visão de proteção ambiental: "à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos".

Para atendimento dos seus princípios e visões, a lei elenca as penalidades a que se sujeitará o infrator no seu artigo 14, do qual se destaca a previsão do seu § 1º:

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

De tais transcrições é possível extrair conclusão lógica de que aqueles que, direta ou indiretamente, degradarem o meio ambiente serão solidariamente responsáveis, independentemente de culpa, a recuperar e/ou indenizar os danos causados na leitura do § 3º do artigo 225 da Constituição e dos incisos II, III e IV do artigo 3º c.c. inciso VII do artigo 4º e § 1º do artigo 14, todos da Lei Federal nº 6.938/81.

Sobre a responsabilidade civil ambiental objetiva, Machado (2010, p. 361) ensina:

> A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de

> repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar.

Entretanto, tem-se que a teoria sobre a responsabilidade civil ambiental objetiva, imputável ao poluidor direito que causar danos ao meio ambiente (teoria do risco integral), não poderá, indiscriminadamente, ser imputada também ao poluidor indireto, cabendo a este, em certos casos, a aplicação da teoria do risco criado.

2 Responsabilidade civil ambiental objetiva do poluidor indireto fundada na teoria do risco criado

É pacífica na doutrina e jurisprudência a aplicação da teoria do risco integral na responsabilidade civil ambiental, segundo a qual o poluidor direto sempre será responsabilizado mesmo que não seja o causador do dano.

Para essa teoria basta a existência dos elementos dano e nexo de causalidade, desprezando, assim, qualquer outro elemento e as causas excludentes de responsabilidade, tais como caso fortuito, força maior, culpa de terceiros, como ensina Montes (2002, p. 589):

> Desimporta e é irrelevante a força maior e o caso fortuito como excludentes de responsabilidade. Aplica-se, pois, a teoria do risco integral, na qual o dever de reparar independe da análise da subjetividade do agente e é fundamentado pelo só fato de existir a atividade de onde adveio o prejuízo. O poluidor deve assumir integralmente todos os riscos que advêm de sua atividade, desimportando se o acidente ecológico foi provocado por falha humana ou técnica ou se foi obra do acaso ou de força maior.

Da mesma forma ensina Sirvinkas (2015, p. 271): "Adotou-se a teoria do risco integral. Assim, todo aquele que causar dano ao meio ambiente ou a terceiro será obrigado a ressarci-lo mesmo que a conduta culposa ou dolosa tenha sido praticada por terceiro".

A esse respeito Sampaio (2013, p. 39) ressalta: "No Direito Ambiental, a doutrina majoritária e a jurisprudência do próprio STJ têm se inclinado para a teoria do risco integral, repita-se, única e exclusivamente para o poluidor direto".

Entretanto, essa teoria não pode ser indiscriminadamente aplicada ao poluidor indireto, tratando o presente trabalho da aplicação da teoria do risco criado quando o dano não decorra diretamente da sua conduta, vejamos.

A teoria do risco criado leva em consideração a atividade exercida pelo poluidor. Assim, se a atividade resultar em dano ambiental o poluidor será responsabilizado objetivamente, desde que presentes os demais requisitos: conduta, nexo de causalidade e dano, como ensina Pereira (2012, p. 270):

> Se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado.

Sampaio (2013, p. 44-45) registra que essa é a teoria aplicável ao poluidor indireto:

> A teoria de risco recepcionada pelo Direito Civil para o responsável direito e para o indireto é a do risco criado; a teoria de risco recepcionada pelo Direito Ambiental para o responsável direito e para o indireto é a do risco criado; a teoria do risco integral é extremada e rechaçada pelo Direito Civil e, logo, também, deve ser para o poluidor direito (a quem ela pretende atingir, exclusivamente), segundo as regras gerais do Direito Civil e que devem servir para impor os limites interpretativos do Direito Ambiental; por consequência, a teoria do risco integral deve também ser rechaçada para o poluidor indireto.

Importante registrar que tanto na teoria do risco integral quanto na teoria do risco criado a responsabilidade do agente é objetiva, ou seja, não se perquire a culpa do causador do dano. A distinção entre ambas as teorias reside no fato de que na primeira apenas se analisa o nexo de causalidade e o dano, ao passo que na segunda se deve analisar a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

Como objeto do presente estudo, visa-se analisar a conduta da instituição financeira. Se esta agiu com desídia ao não condicionar a concessão de financiamento a observâncias das normas de Direito Ambiental e restar demonstrado o nexo de causalidade entre sua omissão e o dano praticado pelo tomador, por óbvio, desde que esse dano se relacione à utilização desse crédito, restará configurada sua responsabilidade civil ambiental como poluidor indireto.

A esse respeito, da análise de algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, embora de forma não expressa, é possível

concluir que o entendimento da Corte, com relação ao poluidor indireto, é pela aplicação da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco criado.

No AREsp nº 437.722/RS, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, restou consignado que a teoria do risco integral somente é aplicável para atividade nuclear, na forma da aliena "d", do inciso XIII, do artigo 21, da Constituição da República, ressaltando, ainda que, para a configuração da responsabilidade civil ambiental do poluidor indireto, é imprescindível a análise do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano. Veja-se:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 437.722 - MG (2013/0389203-0) RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS AGRAVADO: DAIMLERCHRYSLER LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. SUPOSTA UTILIZAÇÃO ILÍCITA DE VEÍCULO ARRENDADO. TRANSPORTE ILEGAL DE CARVÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA INDEPENDENTE DE CULPA. IMPRESCINDÍVEL, ENTRETANTO, A DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO CAUSAL EM RELAÇÃO À PROPRIETÁRIA/ARRENDADORA DO VEÍCULO. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. A responsabilidade decorrente de danos ambientais, apesar de ser objetiva, e, portanto, independente de culpa, não dispensa a demonstração do nexo causal entre a ação e o dano. 2. Admitir a responsabilização por dano ambiental sem que reste configurado o nexo causal seria sustentar uma responsabilidade por risco integral, a qual se faz presente tão só em face do dano. Entretanto, o Direito brasileiro a adotou somente em casos excepcionais, como nos danos decorrentes das atividades de exploração nuclear. 3. Para a teoria da causalidade adequada, adotada pelo Código Civil brasileiro, estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. 4. Agravo conhecido para negar seguimento ao Recurso Especial. 1. Agrava-se da decisão que inadmitiu o Recurso Especial interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a da Constituição Federal, no qual se insurge contra o acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ementado nos seguintes termos: AMBIENTAL - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TRANS-

PORTE ILEGAL DE CARVÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS AMBIENTAIS - ARRENDADORA DOS VEÍCULOS UTILIZADOS NA CONDUTA - NEXO DE CAUSALIDADE - AUSÊNCIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. A responsabilidade objetiva pelos danos ao meio ambiente (art. 14, § 1º da Lei Federal 6.938/81) pressupõe a lesão ambiental e o nexo de causalidade entre esta e a conduta do agente, razão por que, se a atividade da empresa de arrendamento mercantil de veículos - supostamente utilizados para a prática do transporte ilegal de carvão - está fora da relação causal que resultou no dano ambiental, evidencia-se a ilegitimidade daquela para figurar no polo passivo da ação civil pública. 2. Recurso não provido (fls. 106). 2. Em suas razões de Apelo Raro, sustenta violação aos arts. 535 do CPC; 3º, IV e 14 da Lei 6.938/81, sob os seguintes fundamentos: (a) o acórdão recorrido padece de omissão; (b) a arrendadora responde por danos ambientais causados pela utilização ilícita do bem arrendado. 3. É o relatório. Decido. 4. Depreende-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente em desfavor de DAIMLERCHRYSLER LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, objetivando obter a indisponibilidade do veículo de placa GVJ 3592 e a imposição da obrigação de não fazer, consubstanciada na proibição de utilizar aquele veículo para transporte de qualquer produto de origem vegetal, bem como a condenação da requerida às sanções civis cabíveis. 5. Inicialmente, no tocante ao art. 535 do CPC, não há como acolher a alegada violação, uma vez que a lide foi resolvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pelo ora recorrente. As questões postas em debate foram efetivamente decididas, não tendo havido vício algum que justificasse o manejo dos Embargos Declaratórios. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. 6. No que diz respeito aos arts. 3º., IV e 14 da Lei 6.938/81, alega o recorrente que a empresa arrendadora deve responder por danos ambientais decorrentes da utilização ilícita do bem arrendado. 7. Na percepção do Tribunal de origem, contudo, a recorrida seria parte ilegítima, não devendo responder civilmente pelo dano ambiental, diante da ausência de nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pela empresa e o dano; confira-se trecho do voto condutor do acórdão: Como se vê do dispositivo transcrito - recepcionado pelo § 3º do art. 225 do Texto Constitucional -, a responsabilidade civil pela prática de atividades degradantes ao meio ambiente é aferida objetivamente, na modalidade do risco integral, pelo que se deve levar em conta o dano causado e o nexo de

causalidade entre ele e a conduta do agente, independentemente da perquirição da culpabilidade deste último. Por sua vez, recolhe-se do art. 3º da citada Lei Federal o conceito de poluição e de poluidor. Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...) III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; (...). A partir disto, em que pese o inconformismo do Parquet, convenço-me de que a apelada não detém legitimidade para figurar no polo passivo desta ação civil pública. Efetivamente, a peça vestibular dá notícia da existência de uma rede de favorecimento à produção e ao transporte ilegal de carvão - descortinada a partir da Operação Corcel Negro II, promovida pela Coordenação Geral de Fiscalização Ambiental, Diretoria de Proteção Ambiental, do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) -, que consistiria no transporte de carvão vegetal oriundo de empreendimentos clandestinos, cuja atividade seria acobertada por documentação ilícita e facilitada por fraude nos sistemas oficiais de controle de produtos florestais, para ser entregue para o consumo de grandes siderúrgicas. Ora, como bem asseverado pelo i. Sentenciante, a apelada é empresa que desenvolve regularmente a atividade econômica de arrendamento mercantil e, nesta condição, se limitou a arrendar veículos a terceiros, que supostamente os utilizaram para a prática de transporte ilegal de carvão. Destarte, como a atividade econômica empreendida pela recorrida não resulta em degradação da qualidade ambiental (inc. III do art. 3º da Lei 6.938/81), não é de se lhe atribuir responsabilidade direta pelos danos oriundos da supressão da vegetação nativa para produção de carvão. Sabe-se, aliás, que a objetivação da responsabilidade em matéria de proteção ambiental se justifica pelo risco que a atividade representa à sociedade, conforme leciona NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO: A responsabilidade civil objetiva é, como sabido, fundada no risco, bastando, para sua configuração, o nexo de causalidade entre o comportamento e o resultado danoso. Abstraindo o elemento culpa, o sistema jus-ambiental distancia-se de uma ótica privada, aproximando-se da matriz publicista da responsabilidade civil estatal, como forma de assegu-

rar maior espectro de proteção. A objetivação da responsabilidade tem por fundamento a ideia de justiça distributiva, isto é, se o sujeito desenvolve uma atividade perigosa para a sociedade e dela tira benefícios, então é justo que ele suporte os danos que causar, mesmo sem culpa. Assegura-se dessarte, com base no princípio da equidade, justa e adequada distribuição dos ônus decorrentes de condutas lesivas ao meio ambiente - bem de uso comum do povo -, sujeitando os beneficiários das atividades aos riscos delas decorrentes (*In* Proteção jurídica do meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 265/266). Lado outro, tampouco se pode imputar àquela empresa a responsabilidade indireta pelo censurado dano, pois a atividade econômica de arrendamento mercantil não está inserida na cadeia de atos ilícitos mencionada pelo Parquet à fl. 10, que é constituída pelo corte de árvores, transformação em carvão, coleta, transporte, venda e destinação final. Destarte, inexistente o nexo causal entre a conduta da requerida de arrendar o veículo ao transportador ilegal de carvão e o dano causado ao meio ambiente, conclui-se indubitavelmente que ela falece de legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda (fls. 109/111). 8. O entendimento majoritário deste Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema é de que, apesar de a responsabilidade decorrente de danos ambientais ser objetiva, dispensando, portanto, a comprovação de culpa, indispensável é a demonstração do nexo causal entre a ação e o dano. Nesse sentido, colaciona-se os precedentes: ADMINISTRATIVO. IBAMA. APLICAÇÃO DE MULTA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. ARMAZENAMENTO DE MADEIRA PROVENIENTE DE VENDAVAL OCORRIDO NA REGIÃO. EXISTÊNCIA DE TAC. COMPROVADA BOA-FÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. A responsabilidade é objetiva; dispensa-se, portanto, a comprovação de culpa, entretanto há de constatar o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade. 2. A Corte de origem, com espeque no contexto fático dos autos, afastou a multa administrativa. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1277638/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16/05/2013). ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO PROLATADO PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL A QUO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CARÁTER OBJETIVO. ART. 14, § 1º, DA LEI N. 6.398/1981. DANO AO MEIO AMBIENTE. NEXO CAUSAL. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7/STJ. PRECEDENTES. 1. Houve manifestação expressa do Tribunal Regional Federal a quo no que tange ao caráter objetivo da respon-

sabilidade da parte ora recorrente. Ainda que assim não fosse, o acórdão recorrido abordou, de forma fundamentada, todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, conforme se pode verificar às fls 876/888, bem como na decisão dos aclaratórios acostada às fls. 901/907 dos autos. Assim, tendo sido abordados de forma suficientemente fundamentos todos os aspectos essenciais para o deslinde da controvérsia, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente. 2. A jurisprudência deste Sodalício orienta no sentido de que, em se tratando de dano ambiental, a responsabilidade é objetiva. Dispensa-se portanto a comprovação de culpa, entretanto há de se constatar o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade. (AgRg no AREsp 165.201/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012). Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto, é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1286142/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 28/02/2013) PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. QUEIMADA. MULTA ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14, § 1º, DA LEI N. 6.398/1981. DANO AO MEIO AMBIENTE. NEXO CAUSAL. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. A responsabilidade é objetiva; dispensa-se portanto a comprovação de culpa, entretanto há de se constatar o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade. 2. A Corte de origem, com espeque no contexto fático dos autos, afastou a multa administrativa. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 165.201/MT, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/06/2012). 9. Admitir a responsabilização por dano ambiental sem que restasse configurado o nexo causal seria sustentar uma responsabilidade por risco integral, a qual se faz presente tão só em face do dano. Entretanto, o Direito brasileiro a adotou somente em casos excepcionais, como nos danos decorrentes das atividades de exploração nuclear. 10. Convém ressaltar, ainda, que, apesar de a responsabilidade decorrente de danos ambientais não admitir as excludentes de responsabilidade (caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro), nos termos do art. 14, § 1º da Lei 6.938/81, imprescindível a demonstração do nexo causal. 11. Consiste o nexo causal na relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado. Em relação ao conceito de nexo causal, define o ilustre jurista SERGIO CAVALIERI FILHO: O conceito de nexo causal não é exclusivamente jurí-

> dico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado. Mas o nexo causal, além desse elemento naturalístico, exige também uma avaliação jurídica pelo juiz para verificar, com precisão, a relação entre certo fato e determinado resultado. Veremos que é um processo técnico de probabilidade. O juiz tem que eliminar os fatos que foram irrelevantes para a efetivação do dano. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na ausência desses fatos, o dano ocorreria. Causa será aquela que, após este processo de expurgo, se revelar a mais idônea para produzir o resultado. Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano (Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Atlas, 2012, p. 49). 12. É cediço que quando a questão envolve um fato simples, não há maiores problemas em definir a causa do dano, contudo, existindo uma situação de causalidade múltipla, surgem algumas teorias para solucionar a questão e precisar qual delas é a real causa do resultado danoso. 13. Para a teoria da causalidade adequada, elaborada por von Kries e adotada pelo nosso Código Civil, estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem os mesmos caminhos), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada (SÉRGIO CAVALIERI FILHO, Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo, Atlas, 2012, p. 51). 14. *In casu*, observa-se que a conduta da recorrida, proprietária e arrendadora do veículo, limitou-se a arrendar o automóvel, o que não pode ser considerada a causa mais adequada a ter produzido o resultado do dano ambiental. 15. Diante do exposto, com fulcro no art. 544, § 4º, II, b do CPC, conhece-se do Agravo para negar seguimento ao Recurso Especial. 16. Publique-se. Intimações necessárias.

No mesmo sentido, é o REsp nº 604.725/PR, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Castro Meira. Vejamos:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL.

> RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 1. Ao compulsar os autos verifica-se que o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor à luz do art. 267 IV do Código de Ritos, e o recorrente sequer aviou embargos de declaração com o fim de prequestioná-lo. Tal circunstância atrai a aplicação das Súmulas nº 282 e 356 do STF. 2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo). 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Também caminhou na mesma direção a decisão da Corte no AREsp nº 381.567/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Vilas Boas Cuevas, do qual se destaca o trecho a seguir:

> [...] 2. A jurisprudência deste Sodalício orienta no sentido de que, em se tratando de dano ambiental, a responsabilidade é objetiva. Dispensa-se, portanto, a com-

> provação de culpa, entretanto há de se constatar o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade. [...]

Nas decisões acima resta demonstrado entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que para a configuração da responsabilidade civil ambiental objetiva do poluidor indireto não se pode desprezar a análise dos elementos conduta, nexo de causalidade e dano, o que impõe conclusão lógica de que tais decisões não estão a tratar da teoria do risco integral, que exige apenas a análise do nexo de causalidade e dano, mas sim da teoria do risco criado; logo, não será em todo e qualquer caso que o poluidor indireto deverá ser responsabilizado junto com o poluidor direto.

3 Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras na concessão de financiamento – Princípios do Equador, Protocolo Verde e demais normas de regulamentação

No âmbito internacional, a ampliação dos deveres das instituições financeiras com a preservação do meio ambiente decorre principalmente do encontro realizado em Londres, em outubro de 2002, promovido em conjunto pela International Finance Corporation (IFC) e pelo ABN Amro, envolvendo questões ambientais, concluindo em 2003 com o lançamento das regras dos Princípios do Equador[4], que atualmente se encontram em sua terceira edição, tendo como signatárias 80 instituições financeiras no mundo, das quais se destacam as sediadas no Brasil: Banco Bradesco, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco.

Em breve síntese, por essas regras a empresa interessada em obter recursos financeiros no mercado internacional deverá incorporar em seus projetos, sob pena de não ser beneficiada com o financiamento, uma atenção especial a questões como gestão de risco ambiental, proteção à biodiversidade, proteção à saúde, eficiência na produção, distribuição de recursos hídricos e energia de uso renovável, respeito aos direitos humanos, combate à mão de obra infantil, entre outras.

No âmbito interno, desde 1995, as principais instituições financeiras públicas do Brasil em conjunto com o Ministério do Meio Ambiente firmaram o Protocolo Verde, que tem como objeto:

[4] http://www.institutoatkwhh.org.br/compendio/?q=node/41

> O presente PROTOCOLO tem por objeto estabelecer a convergência de esforços para o empreendimento de políticas e práticas bancárias que sejam precursoras, multiplicadoras, demonstrativas ou exemplares em termos de responsabilidade civil ambiental e que estejam em harmonia com o objetivo de promover um desenvolvimento que não comprometa as necessidades das gerações futuras a partir da atualização dos compromissos previstos no Protocolo Verde, firmado em 1995.

Os signatários do Protocolo Verde foram a União, por meio do Ministério do Meio Ambiente, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil S/A, Banco da Amazônia S/A e Banco do Nordeste do Brasil – BNB.

A cláusula segunda do Protocolo estabelece os seguintes princípios e diretrizes a serem observados pelos signatários, dos quais se destacam os relativos ao presente estudo:

> Os signatários se comprometem, no regime de melhores esforços, a implementar os Princípios Norteadores e respectivas Diretrizes, abaixo enumerados:
> 1 - Financiar o desenvolvimento com sustentabilidade, por meio de linhas de crédito e programas que promovam a qualidade de vida da população, o uso sustentável dos recursos naturais e a proteção ambiental.
> 1.1 – Diretrizes:
> a) Aprimorar, continuamente, o portfólio de produtos e serviços bancários destinados ao financiamento de atividades e projetos com adicionalidades socioambientais;
> b) oferecer condições diferenciadas de financiamento (taxa, prazo, carência, critérios de elegibilidade, etc.) para projetos com adicionalidades socioambientais; e
> c) orientar o tomador de crédito, de forma a induzir a adoção de práticas de produção e consumo sustentáveis.
> 2 - Considerar os impactos e custos socioambientais na gestão de ativos (próprios e de terceiros) e nas análises de risco de clientes e de projetos de investimento, tendo por base a Política Nacional de Meio Ambiente.
> 2.1 – Diretrizes:
> a) condicionar o financiamento de empreendimentos e atividades, potencial ou efetivamente poluidores ou que utilizem recursos naturais no processo produtivo, ao Licenciamento Ambiental, conforme legislação ambiental vigente;
> b) incorporar critérios socioambientais ao processo de análise e concessão de crédito para projetos de investimentos, considerando a magnitude de seus impactos e riscos e a necessidade de medidas mitigadoras e compensatórias;

> c) efetuar a análise civil ambiental de clientes cujas atividades exijam o licenciamento ambiental e/ou que representem significativos impactos sociais adversos;
> d) considerar nas análises de crédito as recomendações e restrições do zoneamento agroecológico ou, preferencialmente, do zoneamento ecológico-econômico, quando houver; e
> e) desenvolver e aplicar, compartilhadamente, padrões de desempenho civil ambiental por setor produtivo para apoiar a avaliação de projetos de médio e alto impacto negativo.

Em 2009 as instituições financeiras privadas, representadas pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN, e a União, representada pelo Ministério do Meio Ambiente, celebraram semelhante instrumento, que ficou conhecido como Protocolo Verde FEBRABAN[5], do qual se destacam os seguintes princípios:

> Os bancos signatários declaram que envidarão os melhores esforços para levar à prática os seguintes princípios:
> I – oferecer linhas de financiamento e programas que fomentem a qualidade de vida da população e o uso sustentável do meio ambiente, observadas as seguintes diretrizes:
> a) Aprimorar continuamente a oferta de produtos e serviços bancários destinados a promover projetos que apresentem adicionalidades socioambientais;
> b) Oferecer condições diferenciadas de financiamento para projetos que apresentem adicionalidades socioambientais; e
> c) Orientar o tomador de crédito para a adoção de práticas sustentáveis de produção e de consumo consciente.

Por outro lado, independente da celebração desses Protocolos de Intenções, vigoram no País normas de proteção ao meio ambiente a nortear a concessão de financiamentos, vejamos.

A Lei Federal nº 6.803/1980 condiciona, em seu artigo 12, as instituições oficiais a somente conceder incentivos e financiamentos às indústrias que apresentarem o licenciamento ambiental de suas atividades: "Os órgãos e entidades gestores de incentivos governamentais e os bancos oficiais condicionarão a concessão de incentivos e financiamentos às indústrias, inclusive para participação societária, à apresentação da licença de que trata esta Lei".

[5] http://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/protocolo_verde_febraban_abril_2009.pdf

A Lei Federal nº 6.938/1981, Política Nacional do Meio Ambiente, prevê em seu artigo 12 que "As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA".

Da mesma forma, a Lei Federal nº 11.105/2005, Lei da Biossegurança, determina, no § 4º do seu artigo 2º, que

> As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no 'caput' deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação.

A Lei Federal nº 11.948/2009 estabelece em seu artigo 4º que

> Fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.

Por sua vez, a Lei Federal nº 12.651/2012, Código Florestal, traz outra determinação às instituições financeiras em seu artigo 78-A: "Após 5 (cinco) anos da data da publicação desta Lei, as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no CAR".

Importante ressaltar que o Cadastro Ambiental Rural – CAR foi criado pela Lei Federal nº 12.651/2012, conforme seu artigo 29:

> É criado o Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.

No âmbito de competência regulamentar do Sistema Financeiro, o Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 3.545/2008, que altera o Manual de Crédito Rural – MCR para "estabelecer exigência de documentação comprobatória de regulari-

dade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia", prevendo, no item 1, da Seção 1 – Disposições Gerais, do seu Capítulo 2 – Condições Básicas, que

> 1 - A concessão de crédito rural subordina-se às seguintes exigências essenciais: (Res 3.545 art 1º I; Lei 8.171; CtaCirc 2.584)
> a) idoneidade do tomador; (Cta-Circ 2.584)
> b) apresentação de orçamento, plano ou projeto, salvo em operações de desconto; (Cta-Circ 2.584)
> c) oportunidade, suficiência e adequação dos recursos; (Cta-Circ 2.584)
> d) observância de cronograma de utilização e de reembolso; (Cta-Circ 2.584)
> e) fiscalização pelo financiador; (Cta-Circ 2.584)
> f) liberação do crédito diretamente aos agricultores ou por intermédio de suas associações formais ou informais, ou organizações cooperativas; (Lei 8.171)
> g) observância das recomendações e restrições do zoneamento agroecológico e do Zoneamento Ecológico Econômico (ZEE). (Res 3.545 art 1º I; Lei 8.171)

Ainda, a Resolução nº 4.327/2014 do Banco Central do Brasil implanta a Política de Responsabilidade Socioambiental – PRSA, estabelecendo diretrizes de observância pelas instituições financeiras.

Por sua vez, o Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério de Direitos Humanos editaram a Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011[6], revogando a Portaria nº 540, de 19 de outubro de 2004, do Ministério do Trabalho e Emprego, definindo regras sobre o cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo.

A respeito do objeto deste estudo, as instituições financeiras signatárias a seguir poderão condicionar a concessão de financiamento à não inclusão do tomado neste cadastro. São signatários da Portaria:

> I - Ministério do Meio Ambiente (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE);
> II - Ministério do Desenvolvimento Agrário (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE);

[6] Por força de decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.209 Distrito Federal, da lavra do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, proposta pela Associação Brasileira de Incorporadas Imobiliárias – ABRAINC, o cadastro foi retirado do site do Ministério do Trabalho e Emprego.

> III - Ministério da Integração Nacional (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE);
> IV - Ministério da Fazenda (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE);
> V - Ministério Público do Trabalho (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE);
> VI - Ministério Público Federal (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE);
> VII - Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE);
> VIII - Banco Central do Brasil (Redação dada pela Portaria 496/2005/MTE);
> IX - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (Acrescentada pela Portaria 496/2005/MTE);
> X - Banco do Brasil S/A (Acrescentada pela Portaria 496/2005/MTE);
> XI - Caixa Econômica Federal (Acrescentada pela Portaria 496/2005/MTE);
> XII - Banco da Amazônia S/A (Acrescentada pela Portaria 496/2005/MTE); e
> XIII - Banco do Nordeste do Brasil S/A (Acrescentada pela Portaria 496/2005/MTE).

Até mesmo nos programas sociais, como é o caso do Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, criado pela Lei Federal nº 11.977/2009, do qual se destacam os empreendimentos no âmbito do PNHU que são financiados com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial - FAR, há uma preocupação com a preservação do meio ambiente quando se exige das construtoras a apresentação da adequação ambiental do projeto, madeira certificada[7] etc.

Em síntese, conclui-se que as instituições financeiras têm o dever de condicionar a concessão do financiamento à observância das restrições ambientais pelo tomador. Condições estas bem sintetizadas por Sampaio (2013, p. 170):

> Resta, então, examinar os requisitos contidos no art. 12 da Lei n.º 6.938/1981. Podemos dividi-los em três: (1) apresentação de licença ambiental; (2) cumprimento de normas, padrões e critérios do CONAMA; e (3) fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle da degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.

[7] http://www1.caixa.gov.br/imprensa/noticias/asp/popup.asp?codigo=6609625.

A partir das disposições legais e acordos celebrados pelas instituições financeiras do País, é possível ver que a proteção e preservação do meio ambiente são uma exigência direcionada tanto aos agentes financeiros quanto ao tomador do crédito, sendo que este não receberá benefícios e o valor financiado sem que antes comprove a regularidade ambiental de sua atividade em todas as suas vertentes (natural, artificial, do trabalho, cultural e patrimônio genético).

Portanto, em caso de desídia da instituição financeira na concessão de financiamento sem a verificação das exigências legais de comprovação do dever de preservação do meio ambiente pelo tomador, ela poderá ser responsabilizada na qualidade de poluidor indireto.

Conclusão

Diante de todo o tratado neste estudo, resta claro que as instituições financeiras exercem um importante papel na proteção e preservação do meio ambiente, uma vez que, como integrantes do Sistema Financeiro Nacional, têm o dever de fomentar o desenvolvimento sustentável do País.

Por tais motivos, concedendo financiamento de forma a negligenciar as condicionantes legais e convencionais apontadas anteriormente e ocorrendo dano em razão da utilização desse crédito, a instituição financeira concedente responderá pela degradação ambiental na qualidade de poluidor indireto, de forma objetiva e solidária com o poluidor direto, vez que configurado o nexo de causalidade entre sua conduta omissiva e o dano.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisões atribuindo tal responsabilidade àquele que, por determinação legal, deveria fiscalizar atividades potencialmente poluidoras, porém negligencia esse dever, o que é o caso das instituições financeiras na concessão do crédito a atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras.

No AgRg no REsp nº 1.001.780/PR, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavaski[8], em que são partes o Ministério Público Federal, a União, o Estado do Paraná, o Município de Campo Mourão e outros, restou configurada a responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão:

> [...] 1. A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há

[8] O Ministro Teory Albino Zavaski, à época do julgamento, ocupava o cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

> responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, 'seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil' (REsp 1.071.741/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010). 2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não 'determinante' (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a 'concretização ou o agravamento do dano' é juízo que envolve exame das circunstâncias fáticas da causa, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ. 3. Agravos regimentais desprovidos.

Por sua vez, no REsp nº 1.071.741/SP, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, integrante do Informativo de Jurisprudência daquela Corte nº 0388, restou consignada a responsabilidade civil ambiental do Estado no seu dever de fiscalização, *in verbis*:

> DANOS AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A questão em causa diz respeito à responsabilização do Estado por danos ambientais causados pela invasão e construção, por particular, em unidade de conservação (parque estadual). A Turma entendeu haver responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou atua de forma deficiente. A responsabilização decorre da omissão ilícita, a exemplo da falta de fiscalização e de adoção de outras medidas preventivas inerentes ao poder de polícia, as quais, ao menos indiretamente, contribuem para provocar o dano, até porque o poder de polícia ambiental não se exaure com o embargo à obra, como ocorreu no caso. Há que ponderar, entretanto, que essa cláusula de solidariedade não pode implicar benefício para o particular que causou a degradação ambiental com sua ação, em detrimento do erário. Assim, sem prejuízo da responsabilidade solidária, deve o Estado - que não provocou diretamente o dano nem obteve proveito com sua omissão - buscar o ressarcimento dos valores despendidos do responsável direto, evitando, com isso, injusta oneração da sociedade. Com esses fundamentos, deu-se provimento ao recurso. Prece-

> dentes citados: AgRg no Ag 973.577-SP, DJ 19/12/2008; REsp 604.725-PR, DJ 22/8/2005; AgRg no Ag 822.764-MG, DJ 2/8/2007, e REsp 647.493-SC, DJ 22/10/2007. REsp 1.071.741-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/3/2009.

Ressalta-se que nessa decisão a Corte determinou que, embora a responsabilidade seja solidária, a execução de eventual título executivo será subsidiária, ou seja, o poluidor indireto somente deverá arcar com o ônus da condenação, caso não seja possível o cumprimento pelo poluidor direto, para se evitar "injusta oneração da sociedade", o que pode ser considerado nos casos de concessão de crédito agrícola subsidiados pela União e/ou quando a instituição financeira for pública.

A mesma tese já havia sido anteriormente acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, do qual se destaca o AgRg no Ag nº 973.577/SP, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques:

> PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. 1. Não existe ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de modo claro e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, é cediço nesta Corte que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos listados pelas partes se ofertou a prestação jurisdicional de forma fundamentada. 2. A decisão de primeiro grau, que foi objeto de agravo de instrumento, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva porque entendeu que as entidades de direito público ('in casu', Município de Juquitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na espécie, por omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos. 3. A conclusão exarada pelo Tribunal a quo alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Igualmente, coaduna-se com o

> texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, caput, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de 'interesse local' e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica. 5. Incidência da Súmula 83/STJ. 6. Agravo regimental não-provido.

Portanto, a instituição financeira sobre a qual recai o dever legal de condicionar a concessão de financiamento a práticas socioambientais dos tomadores, embora não seja a autora da conduta ilícita, mas deveria ter agido para evitá-la com as exigências apontadas neste trabalho, e o dano ambiental tenha ocorrido pela utilização desse crédito, poderá ter configurada sua responsabilidade civil ambiental na qualidade de poluidor indireto, de forma objetiva e solidária, fundada na teoria do risco criado.

Por outro lado, conclui-se que, caso tenha agido conforme as regras de Direito Ambiental, ora apresentadas, não poderá ser responsabilizada por eventual dano causado pelo tomador do crédito, pois não configurado o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano ao meio ambiente.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada aos 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Federal nº 6.803, de 2 de julho de 1980. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 3 de julho de 1980.

BRASIL. Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federati-**

va do Brasil. Brasília, DF, 2 de setembro de 1981.

BRASIL. Lei Federal nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 28 de março de 2005.

BRASIL. Lei Federal nº 11.948, de 16 de junho de 2009. Constitui fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 17 de junho de 2009.

BRASIL. Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 8 de julho de 2009.

BRASIL. Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 28 de maio de 2012.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo e revoga a Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 13 de maio de 2011.

BRASIL. Resolução BACEN nº 3.545, de 29 de fevereiro de 2008. Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/

res/2008/pdf/res_3545_v1_O.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2015.

BRASIL. Resolução BACEN nº 4.327, de 25 de abril de 2014. Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2015.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 6 ago. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTES, Meire Lopes. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman. (Org.). **10 anos da ECO-92**: o direito e o desenvolvimento sustentável – Ten years after Rio 92: Sustainable development and law. São Paulo: IMESP, 2002. p. 587-598.

PEREIRA, Caio Mario da Silva (atual. Gustavo Tepedino). **Responsabilidade civil**: de acordo com a Constituição de 1988. 10ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PROTOCOLO VERDE. Caixa Econômica Federal. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/Downloads/sustentabilidade/Protocolo Verde.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2015.

PROTOCOLO VERDE FEBRABAN. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/protocolo_verde_febraban_abril_2009.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2015.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Responsabilidade Civil Ambiental das Instituições Financeiras**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIRVINKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Garantia real de imóveis no Brasil

Josiane Mendes Gomes Dias Pinto
Advogada da CAIXA no Espírito Santo
Especialista - Master of Business Administration *em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas/RJ*
Especialista - Pós-Graduação em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva/MG

RESUMO

Este trabalho tem como tema questões contratuais e legais relacionadas aos institutos jurídicos representativos de garantia real de imóvel no Brasil, na defesa do ponto de vista do mutuante; em especial, falará da garantia real ofertada pelo mutuário, que se constitui pela hipoteca ou alienação fiduciária. Por vezes poderá fazer referência ao contexto econômico e a políticas públicas. Dentro do tema geral proposto falar-se-á, especificamente, sobre a hipoteca e a alienação fiduciária, precedidas de breve dissertação sobre a importância da garantia real na recuperação do crédito, passando pelos conceitos e natureza jurídica dos institutos, ilustrações com notas de autores estrangeiros, comentários comparativos com outros ordenamentos jurídicos, encerrando com apontamentos sobre a preferência brasileira na operacionalização dos negócios comerciais e habitacionais. O trabalho tratará de pontos não menos importantes, basilares para o entendimento necessário à tomada de decisões na atividade consultiva e de atuação jurídica contenciosa, visto que o profissional do direito deve considerar a *intentio legis*, os objetivos negociais, os riscos envolvidos, as experiências já praticadas, o grau de eficiência e características dos institutos jurídicos sob exame, frente aos questionamentos das possibilidades e eventuais impedimentos nas proposições de operações bancárias.

Palavras-chave: Direito real de garantia. Hipoteca. Alienação fiduciária. Concessão de crédito.

SUMARIO

Este trabajo se centrará cuestiones contractuales y legales relacionados con las instituciones legales representativas de garantía bienes inmuebles en Brasil, en defensa del punto de vista del prestamista; en particular, hablará de la garantía ofrecida por el prestatario, que está constituido por hipotecas o gravámenes. A veces se puede hacer referencia a la situación económica y las políticas públicas. Dentro del tema general propuesto para hablar será específicamente en la hipoteca

mobiliaria y la hipoteca, precedidos por una breve conferencia sobre la importancia de la garantía en la recuperación de créditos, através de los conceptos e institutos jurídicos, ilustraciones con autores notas, comentarios comparativos con otras jurisdicciones extranjeras, terminando con notas sobre la preferencia de Brasil en la operación del negocio comercial y residencial. El trabajo se abordarán cuestiones no menos importantes, fundamentales para la comprensión necesaria para la toma de decisiones en la actividad de asesoramiento y acciones legales polémico, ya que el profesional del derecho debe considerar intentio legis, los objetivos del negocio, los riesgos que implica, experiencias anteriores practicada, el grado de eficiencia y características de las instituciones jurídicas que se examinan, en comparación con las cuestiones de las posibilidades y los obstáculos a las proposiciones de la banca .

Palabras clave: Garantía real. Hipoteca. Gravámenes. La banca de crédito.

1 Garantia de bem imóvel em negócio comercial e em financiamento habitacional no Brasil

O crescimento do financiamento imobiliário, do sustentáculo hipotecário e do impulso gerado pela introdução da alienação fiduciária sobre bens imóveis e o fomento à concessão de crédito, ao lado de programas sociais e habitacionais, vêm oferecendo meios para a aquisição da casa própria e para o incremento das atividades econômicas produtivas nacionais.

Foi necessário ultrapassar o modelo de garantia hipotecária, quando o Governo planejou lançar programas destinados à aquisição da casa própria, impulsionando a construção civil, propagando repasse de recursos e fomentando a concessão de crédito. É importante destacar que o Direito deve sempre buscar atingir a *eficiência econômica*, e, neste caso, o valor legal desejável seria o desenvolvimento de um modelo econômico baseado em institutos e procedimentos jurídicos permeados pela economicidade e pela simplificação dos procedimentos.

O contrato de mútuo para financiamento de unidade imobiliária pelo Sistema Financeiro da Habitação estipula como garantia a hipoteca ou a alienação fiduciária. O mutuante, portanto, tem crédito privilegiado – direito real sobre o imóvel. Ele precisa recuperar o crédito concedido para prosseguir na política destinada a "*facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população*" (ver art. 8º, caput, Lei nº 4.380/64).

A alienação fiduciária de bem imóvel, introduzida no Brasil pela Lei nº 10.931, de 3 de agosto de 2004, foi muito difundida entre as instituições financeiras, e o número de negócios com essa modalidade de garantia aumentou consideravelmente.

A Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, incluiu os incisos VIII, IX e X ao art. 1.473 do Código Civil, permitindo a formalização de hipoteca sobre o direito de uso especial para fins de moradia, sobre o direito real de uso e sobre a propriedade superficiária.[1]

A funcionalidade dos institutos jurídicos garantidores do crédito imobiliário possui relação direta com o desenvolvimento econômico e social de um país.[2]

As instituições financeiras, ao concederem crédito em determinadas modalidades, regra geral, exigem garantia contratual de direito real sobre os imóveis, hipoteca ou alienação fiduciária, recusando a oferta da garantia e a concessão respectiva do crédito em algumas situações, como, *verbi gratia*, imóvel com registro de ônus real, usufruto, imóvel com matrícula não individualizada, ou apontado como terreno de marinha sem constituição da enfiteuse, entre outras situações especiais que guardam relação com os bens absolutamente impenhoráveis, assim descritos no art. 649 do Código de Processo Civil.

As operações de *Home Equity*[3] também foram fomentadas em razão de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se

---

1 A mesma Lei nº 11.481/2007 também consignou que os direitos de garantia correspondentes a direito real de uso e a propriedade superficiária ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície caso tenham sido transferidos por período determinado.

2 Marichal (2011, p. 9) diz: "*Es especialmente relevante que los ensayos que tiene el lector entre sus manos vinculam la historia bancaria com la historia industrial y lãs políticas de financiamiento del crescimento económico a largo plazo. Como argumenta atinadamente Marcelo Rougier, el compilador y promotor de este volumen, em una temprana etapa de crecimiento económico moderno, existen en cualquier país numerosos obstáculos para la formación y el pleno desarrollo de los mercados financieros: 'De ahí la importância de las instituciones oficiales de desarrollo, bancos industriales o de fomento'. En una región como América Latina, que se situa en un nível médio de desarrollo económico y social, es esencial explorar los factores que explicam los numerosos éxitos y fracasos en impulsar el crecimiento. Uma sociedad que no crece se estanca y deja de ofrecer a sus habitantes oportunidades de mejorar sus niveles de vida. Cuáles son los secretos de un proceso de expansión económico sostenido y cuáles lãs secuelas de la falta de crecimiento?*
Éstas son preguntas que un gran número de economistas e historiadores indagan, exploran y relatan para intentar descubrir princípios valederos y aplicables para casi cualquier sociedad o economia.

3 O *Home Equity* corresponde ao negócio bancário em que o proponente pessoa física oferece um imóvel de sua propriedade em garantia (alienação

posicionou no sentido de que é penhorável o bem de família se o imóvel foi oferecido como garantia real em benefício da entidade familiar, hipótese que teria subsunção na exceção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/1990 (ver AEEARESP 201303755696, STJ, Quarta Turma, fonte: DJE de 01/09/2014). Contrariamente, considera-se ofensa aos artigos 1º e 3º da Lei nº 8.009/1990, reputando-se nula a cláusula de garantia de alienação fiduciária de bem imóvel estipulada em contrato de empréstimo bancário cujo crédito não for utilizado em favor da entidade familiar[4] (quando, por exemplo, o imóvel foi oferecido em garantia por dívida de pessoa jurídica).

A Lei nº 11.977, de 8 de julho de 2009, que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida, contém previsão de instituição de garantia de alienação fiduciária em favor do Agente Financeiro.[5]

Já o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social com Parcelamento Habitacional se exterioriza em contratos formalizados sem garantia de hipoteca ou alienação fiduciária, Decreto nº 5.247, de 19 de outubro de 2004. A Lei nº 10.998, de 15 de dezembro de 2004, estabeleceu as condições para apresentação, análise e aprovação de proposta de empreendimento promovido em parceria com o Poder Público ou com entidades sem fins lucrativos e as condições para concessão de parcelamento habitacional e de subsídio às famílias de baixa renda, organizadas sob a forma coletiva, para viabilizar o acesso à moradia no âmbito do Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social. Obviamente, modalidades de financiamento habitacional sem constituição de garantia real são operadas apenas por banco executor dessa política pública.

Também no Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR, com recursos do Orçamento Geral da União, dentro das regras do PMCMV, os contratos entre os beneficiados e o Agente Financeiro são formalizados sem nenhuma modalidade de garantia real.

A garantia elegida possui relação direta com *liquidez*. Muito embora doutrinariamente a garantia contratual seja contrato acessório, sua importância se eleva à medida que a inadimplência

fiduciária), ainda que seja seu único imóvel e utilizado para sua moradia, sendo o crédito liberado do tipo 'sem destinação específica'. O empréstimo concedido em contrapartida por oferta de garantia imobiliária é classificado como sendo de baixo risco, com taxas e encargos mais atraentes que outras linhas de crédito.

4 Ver Recurso Especial 201302413117 – 1395275, DJE de 20/08/2014.

5 Ver Lei nº 10.188, de 12.02.2001, Lei nº 10.522, de 19.07.2002, Lei nº 10.859, de 14.04.2004, Lei nº 11.474, de 15.05.2007, Lei nº 12.007, de 29.07.2009, Lei nº 12.039, de 01.10.2009, Lei nº 12.424, de 16.06.2011.

se concretiza, sendo interessante para o credor uma garantia que não pereça e não se desvalorize rapidamente no decorrer do tempo. Nesse contexto, os bancos não podem prescindir de garantias imobiliárias. Mas é importante pensar nos momentos de crise econômica com inflação, num cenário de recessão.

O uruguaio Robert Marcuse, formado pela Universidade de Columbia, e *Advanced Management Program* em Harvard, ex-gerente-geral e ex-diretor de vários bancos no Uruguai, Argentina, Venezuela, Estados Unidos, Peru e Colômbia[6], critica a concessão massiva de crédito com garantia de bem imóvel (concentração exagerada de negócios na carteira imobiliária, não distribuição do risco) autorizada mais com base em seu valor de avaliação (muitas vezes supervalorizado em momentos de auge econômico) que com relação ao real valor possível de se apurar em caso de execução da garantia imobiliária pelo credor (considerando-se ainda a possibilidade de a execução ocorrer em período de recessão econômica). A título de ilustração, confira-se o polêmico entendimento do autor sobre 'garantias imobiliárias':

> Garantías inmobiliarias.
> Desde este punto de vista, quizás las garantias inmuebles sean las menos aconsejables. Algunos banqueiros son tan concientes de esto que piensan que los terrenos y edifícios se han denominado inmuebles por el peligro de inmovilización que representan. Pueden tranquilizarse, se llaman inmuebles porque no se mueven ellos mismos, pero esta característica no es contagiosa. La razón del peligro de las garantias inmuebles es que, em casi todo el mundo, el mercado inmobiliario se caracteriza por períodos sucessivos de euforia (boom) y depresión.
> Las garantias constituídas en períodos de auge pueden estar sobrevaluadas (aunque esto concierne unicamente as aspecto riesgo) pero, sobre todo, pueden ser invendibles por largos períodos, que varían desde meses hasta ãnos. Por otra parte, existe una tendência entre los clientes que ofrecen garantías inmuebles (hipotecarias) de creerse autorizados – por el alto costo de la constitución de la garantia y por el valor e importância de la misma – a pedir renovaciones del crédito originalmente acordado. No quiero decir con esto que un banco deba prescindir de tales garantias, lo cual sería absurdo, pero sí que debe fijarse una política y un limite al respecto.

[6] Robert Marcuse também foi presidente da Associação de Bancos Internacionais da Flórida e assessor do Comitê Diretivo da Federação Latino-Americana de Bancos.

> Cuando el mercado inmobiliario está en crisis, no se trata de que un terreno o un edifício específico no se pueda vender, sino que, generalmente, les ocorre lo mismo a todos ellos. Por consiguiente, el riesgo de inmovilización del banco puede referirse a una parte importante de su cartera, si está respaldada por este tipo de garantia.
> Si eliminamos las que puedan considerarse realmente indeseables, lo mejor será tener uma variedade de garantias de forma de poder distribuir el riesgo, en la misma forma en que se trata de no concentrar las colocaciones en una área de la actividad económica, sino de distribuirlas en todas ellas.
> Resultará útil que el banco pueda classificar sus operaciones no solo por área, sino también por el tipo de garantia que las respaldan. En efecto, una financiación en el área de la construcción puede no estar respaldada por una garantia hipotecaria, mientras que una financiación en el área comercial sí puede estarlo.
> La reciente explosión de la burbuja inmobiliaria en los Estados Unidos es un ejemplo dramático de lo que puede suceder cuando los bancos se lanzan a financiar massivamente un área específica de la economía, basando sus prestamos más sobre el supuesto valor de los inmuebles hipotecados como garantia, que en la real capacidade de pago del acreedor.
> Desafortunadamente, a esta política, ya mala de por sí, se agregó una sobrevaluación de los inmuebles, con lo cual los acreedores terminaron debiendo a los bancos cifras muy superiores al valor de sus propriedades, y las entidades con perdidas sustanciales en sus libros.
> La crisis, además, fue más violenta que muchas anteriores por la nueva moda de titular activos (en este caso las garantias hipotecarias) y venderlos a empresas y al público en general. En otras palabras, se logro rebasar las crisis anteriores, con nuevos instrumentos y exacerbada codicia. Pero quizás lo peor de esta historia de terror se ala evidente demonstración de la corta memoria de los bancos y de los inversionistas, pues la burbuja inmobiliaria no es un monstruo desconocido, sino uno que hemos enfrentado varias veces en el pasado y para el cual existían las medicinas preventivas que no se quisieron utilizar (MARCUSE, 2010, p. 70-72).

Passemos a comentar os institutos.

2 Da hipoteca

2.1 Conceito

A hipoteca é um direito real de garantia que vincula um bem dado em garantia pelo tomador de um empréstimo sem a

transferência de sua posse ao credor. O devedor detém a propriedade e a posse do imóvel.

Conceituando o instituto da hipoteca, Diniz (2006, p. 1179) assim escreve:

> Hipoteca é o direito real de garantia que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se preferentemente, se inadimplente o devedor.

O instituto foi largamente utilizado em negócios comerciais e nos contratos de financiamento imobiliário efetivados entre o mutuante e o mutuário comprador de unidade habitacional (adquirente final) até a introdução do instituto da alienação fiduciária de imóvel no ordenamento jurídico pela Lei nº 10.931/2004.

A opção pela hipoteca[7] ainda persiste em contratos bancários de operações comerciais, sendo mais favorável aos interesses do credor também quando se tem a pretensão de executar judicialmente eventual saldo devedor residual da dívida (o valor da dívida é ou pode se tornar maior que o valor do bem ofertado).

As instituições financeiras também atuam no mercado imobiliário na qualidade de agente financeiro da produção de empreendimento, concedendo crédito a construtoras para a construção dos condomínios residenciais, *verbi gratia*. Nesse caso, a garantia de hipoteca do terreno é registrada em favor do banco financiador, liberando-se o gravame das unidades destacadas da matrícula imobiliária-mãe à medida que a dívida da construtora vai sendo quitada, ou à medida que as unidades habitacionais vão sendo comercializadas com os adquirentes finais.

2.2 Estreitamento da relação entre hipoteca e títulos de crédito

O instituto estreitou sua relação com a *circulabilidade* do título de crédito – letras, cédulas hipotecárias e debêntures –, assumindo importância crescente na vida econômica nacional.

Podem ser objeto de hipoteca, nos termos do art. 1.473 do Código Civil[8]:

---

[7] Veja-se o conceito de "hipoteca" em Ramírez Gronda (2003, p. 164): "*El derecho real constituído en seguridade de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, quedando éstos en poder del deudor (art. 3108 C. Civ)*".

[8] Diniz (2006, p. 1179-1180) diz que o direito real de hipoteca recai sobre "*b) o domínio direto que na enfiteuse se permite que o direito do senhorio direto possa ser objeto de hipoteca, mesmo sem anuência do enfiteuta;*

> I – os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;
> II – o domínio direto;
> III – o domínio útil;
> IV – as estradas de ferro;
> V – os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;
> VI – os navios;
> VII – as aeronaves;
> VIII – o direito de uso especial para fins de moradia;
> IX – o direito real de uso;
> X – a propriedade superficiária.

Wald (2011, p. 368-369) diz o seguinte:

> A hipoteca é o direito real de garantia que o credor exerce sobre o preço venal do imóvel, no caso de não ser pago na ocasião determinada, o débito garantido.
> Caracteriza-se por recair sobre imóveis, que ficam na posse do devedor no período de carência do débito, ou seja, até o vencimento deste e a execução do bem.
> [...]
> A diferença entre os direitos sobre a coisa (direitos de fruição) e os direitos sobre o valor do objeto (direitos de garantia) ainda é hoje de grande importância no quadro dos direitos reais.[9] O que caracteriza a hipoteca é a 'sequela', ou seja, o fato de o direito seguir a coisa em mãos de quem se encontre, constituindo assim o ius persequendi, o direito de perseguir a coisa, e o direito de preferência que o credor hipotecário tem sobre os outros credores.

Na doutrina moderna, fala-se em dois princípios básicos reguladores da hipoteca: o da publicidade e o da especialização. A observância desses princípios resultaria em maior segurança às transações afetas ao mercado imobiliário e ao Sistema Financeiro Habitacional.

Pelo princípio da publicidade, a hipoteca deve ser objeto de registro na matrícula do imóvel respectivo, junto ao Cartório de Registro de Imóvel, com o fito de dar conhecimento a terceiros. Com a retirada de certidão atualizada da matrícula de de-

c) o domínio útil, que é o poder que tem o foreiro de usufruir o bem e de transmiti-lo por ato inter vivos ou causa mortis; conseqüentemente poderá hipotecá-lo, sendo que o adquirente sujeitar-se-á ao pagamento do laudêmio, em causa de excussão hipotecária".

[9] Diniz (2006, p. 1181) diz o seguinte sobre o direito de preferência sobre o credor hipotecário: "*Se antes do assento da hipoteca já tiver sido registrado algum outro direito real sobre o mesmo imóvel (usufruto, anticrese, servidão, etc.), os titulares desses direitos reais terão direito de preferência sobre o credor hipotecário na eventual execução*".

terminado imóvel, o proponente comprador e o mutuante, por simples exame do inteiro teor do registro, podem saber quais ônus pesam sobre a unidade imobiliária.

E mais uma vez citando-se Wald (2011, p. 369):

> O princípio da especialização obriga a vincular o ônus a certos bens específicos, individualizados e determinados. Anteriormente se admitiam as chamadas hipotecas gerais, que recaíam sobre todos os bens do devedor, dificultando as transações em geral e as alienações em particular, por não se saberem os limites exatos da responsabilidade que pesava sobre cada um dos prédios onerados.

Nesse ponto, é importante também dizer que deve haver referência, no registro respectivo, a qual dívida se refere o ônus, com indicação de número de contrato, valor, condições, credor, entre outros identificadores.

2.3 Cédula hipotecária

O Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, instituiu a Cédula Hipotecária *como instrumento hábil para representação dos respectivos créditos hipotecários*, podendo ser emitida pelo credor hipotecário, nos casos de operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação e nas hipotecas em que sejam credoras instituições financeiras e sociedades de seguros.[10] As instituições bancárias geralmente se utilizam da cláusula contratual que estipula a constituição de cédula hipotecária em operações financeiras estruturadas, aquelas planejadas especialmente para atender a determinado cliente com proposta de projeto de grande porte.

2.4 Procedimentos à disposição do credor para promoção da execução do crédito inadimplido

Recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o Decreto-lei nº 70/66 – que autoriza o credor hipotecário no regime do Sistema Financeiro da Habitação a optar pela execução do crédito na forma do Código de Processo Civil ou mediante execução extrajudicial – foi poderoso instrumento utilizado pelas instituições financeiras nos procedimentos de recuperação do crédito, tendo possibilitado uma forma rápida de exercício do direito do mutuante de apurar o preço venal do imóvel para satis-

[10] Veja comentários de Wald (2011, p. 375-376).

fação de seu crédito. Configurado o vencimento antecipado da dívida habitacional, o processo de execução do contrato de financiamento poderia ser o previsto no Código de Processo Civil, na Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971 ou nos artigos 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/66, caso em que o Agente Fiduciário era uma instituição financeira escolhida pelo Mutuante entre as credenciadas pelo Banco Central do Brasil.

Poder-se-ia entender também como um privilégio o fato de o mutuante poder escolher qual procedimento se utilizaria para promover a execução do crédito inadimplido: a execução extrajudicial prevista pelo Decreto-Lei nº 70/66 (arts. 31 a 38); a execução judicial pelo procedimento disposto na Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971; ou, ainda, o procedimento da execução judicial de quantia certa previsto no Código de Processo Civil.

Sendo vedado ao mutuante promover a execução extrajudicial de que trata o referido decreto-lei (por exemplo, em caso de decisão judicial proferida em sede de liminar), restava a possibilidade de interposição da ação executiva. A Lei nº 5.741/71, mais específica em relação à matéria (dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao SFH), também faz concessões ao mutuante, se comparada com as disposições gerais do Código de Processo Civil; no entanto, seu art. 7º desautoriza a execução do débito remanescente no caso da adjudicação do imóvel pelo mutuante.

Confira-se o julgado:

> EMENTA: PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. LEI Nº 5.741, DE 1971. Na execução processada sob o regime da Lei nº 5.741, de 1971, a adjudicação pelo credor se dá pelo valor do saldo devedor, quitando integralmente o débito do mutuário. Recurso especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 200101832857/390913, Terceira Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ de 17/06/2002 PG:00259)

Assim, dependendo do saldo devedor contratual e do valor de avaliação do imóvel, muitas vezes a melhor opção para o credor hipotecário é promover a execução pelo rito do Código de Processo Civil, que oferece subterfúgio processual na busca da satisfação de eventual saldo credor remanescente, a seu favor, mesmo após a extinção da hipoteca pela arrematação. Executada a hipoteca, havendo arrematação, e não sendo suficiente o valor apurado para quitação total da dívida, poderia ainda o credor prosseguir na execução do saldo residual. Nesse sentido, confira-se o julgado:

> EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. FASE DE EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA Nº 284/STF. IMÓVEL HIPOTECADO. ARREMATAÇÃO. INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPOTECÁRIO. ART. 1.501 DO CÓDIGO CIVIL. SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO REAL NO PREÇO. EXTINÇÃO DA HIPOTECA. RESPONSABILIDADE POR EVENTUAL SALDO REMANESCENTE EM FAVOR DO CREDOR HIPOTECÁRIO IMPUTADA AO DEVEDOR ORIGINÁRIO, E NÃO AO ARREMATANTE. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. Considera-se deficiente de fundamentação o recurso especial que, apesar de apontar os preceitos legais tidos por violados, não demonstra, de forma clara e precisa, de que modo o acórdão recorrido os teria contrariado, circunstância que atrai, por analogia, a Súmula nº 284/STF. 3. O objetivo da notificação, de que trata o art. 1.501 do Código Civil, é levar ao conhecimento do credor hipotecário o fato de que o bem gravado foi penhorado e será levado à praça de modo que este possa vir a juízo em defesa de seus direitos, adotando as providências que entender mais convenientes, dependendo do caso concreto. 4. Realizada a intimação do credor hipotecário, nos moldes da legislação de regência (artigos 619 e 698 do Código de Processo Civil), a arrematação extingue a hipoteca, operando-se a sub-rogação do direito real no preço e transferindo-se o bem ao adquirente livre e desembaraçado de tais ônus por força do efeito purgativo do gravame. 5. Extinta a hipoteca pela arrematação, eventual saldo remanescente em favor do credor hipotecário poderá ser buscado contra o devedor originário, que responderá pessoalmente pelo restante do débito (art. 1.430 do Código Civil). 6. Sem notícia nos autos de efetiva impugnação da avaliação do bem ou da arrematação em virtude de preço vil, não é possível concluir pela manutenção do gravame simplesmente porque o valor foi insuficiente para quitar a integralidade do crédito hipotecário. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido (Superior Tribunal de Justiça, RESP 201001292840/1201108, Terceira Turma, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJE de 23/05/2012).

Contudo, a possibilidade de execução de saldo devedor remanescente pelo rito do Código de Processo Civil não é admitida por unanimidade. Decisões existem no sentido de que, se o procedimento mais gravoso previsto no Decreto-Lei nº 70/1966 prevê a extinção da dívida com a excussão do bem, então a exe-

cução pelo rito do Código de Processo Civil também deve pôr fim ao débito quando da arrematação ou adjudicação.

Quanto à execução extrajudicial e o Decreto-Lei nº 70/1966, a jurisprudência dos tribunais superiores, desde os primórdios, sempre foi uníssona em afirmar a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/1966. Contudo, recentemente a dita norma foi objeto de questionamento, quanto à sua constitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal. A título de ilustração, leia-se a íntegra do voto do ministro Dias Tóffoli no Recurso Extraordinário (RE) 627106, que analisa a compatibilidade ou não dos dispositivos legais que autorizam a execução extrajudicial de dívidas hipotecárias, dispostos no Decreto-Lei nº 70/66, com a Constituição Federal. O processo, com julgamento suspenso devido a pedido de vista, está sendo analisado em conjunto com o RE 556520.

O Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, em seu capítulo III, disciplinou uma forma de execução extrajudicial do contrato, mecanismo favorável ao mutuante na recuperação do crédito pela celeridade do procedimento de eficaz resultado: levar o imóvel objeto do financiamento inadimplido a leilão, com possibilidade de adjudicação pelo mutuante.[11]

O procedimento é levado a termo pelo Agente Fiduciário, assim previsto no art. 30 do referido decreto-lei.

Embora muito questionado pelos mutuários, o Decreto-Lei nº 70/66 foi muito utilizado pelo mutuante como prerrogativa maior de que se valia na recuperação do crédito inadimplido, não havendo, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, decisão que lhe atribua o vício da inconstitucionalidade.

2.5 Da questão da nulidade da proibição de alienação de imóvel hipotecado e da sub-hipoteca – um único imóvel como garantia de várias dívidas

Ainda sobre a hipoteca, a renomada Maria Helena Diniz ressalta o seguinte:

> Nulidade da proibição de alienação de imóvel hipotecado. O devedor poderá alienar o bem hipotecado, porque não perde o jus disponendi, transferindo-o ao adquirente, juntamente com o ônus que o grava. Nula será qualquer cláusula que vede ao proprietário a venda do imóvel onerado, embora válida seja a conven-

[11] Ver art. 31 do Decreto-Lei nº 70/1966.

ção de que, ocorrida a alienação, vencido estará o crédito hipotecário. É preciso esclarecer, ainda, que se aquela alienação se fizer antes do registro da hipoteca, o adquirente não sofrerá seus efeitos, embora o devedor alienante possa incorrer nas penas do estelionato, por ter ocultado o fato (CP, art. 171, § 2º). Mas poderá haver convenção entre credor e devedor que, se o imóvel hipotecado for alienado, ter-se-á vencimento antecipado do crédito hipotecário, desconsiderando a data estipulada para seu pagamento, tornando-o exigível e autorizando a execução da garantia hipotecária.

[...]

Sub-hipoteca. O imóvel poderá ser hipotecado mais de uma vez, quer em favor do mesmo credor, quer de outra pessoa. Essa hipótese de bem hipotecado denomina-se sub-hipoteca, que poderá efetivar-se desde que o valor do imóvel exceda o da obrigação garantida pela anterior, para que possa pagar o segundo credor hipotecário com o remanescente da execução da primeira hipoteca, reconhecendo-lhe a preferência, relativamente aos credores quirografários. Essa sub-hipoteca deverá ser constituída por novo título, não valendo a mera averbação no registro da primeira (RF, 63:39, 56:518, e 81:144; RT, 85:596, 83:236, 85:236, 85:584, 103:115 e 161:119; AJ, 30:599, 19:56, 18:857 e 99:315; Adcoas, n. 85.562, 1982).

[...]

Direito do credor sub-hipotecário em caso de insolvência do devedor. O credor hipotecário terá sempre preferência (RT, 701:153,707:153); logo, antes de vencida a primeira hipoteca, não poderá o credor sub-hipotecário excuti-la, devendo esperar o vencimento da antecedente, uma vez que tem somente como garantia a parcela do valor do imóvel onerado que sobrar após o pagamento da primeira, salvo no caso de insolvência do devedor, hipótese que terá vencimento antecipado de todas as suas dívidas, concorrendo todos os credores no concurso creditório que se abrir, guardando-se a ordem cronológica de seus direitos. Todavia, será preciso não olvidar que não se considerará insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira, ante a presunção júris tantum de que, se o imóvel está gravado com mais de uma hipoteca, seu valor poderá suportar os débitos garantidos; logo, o atraso no pagamento das prestações não indicará insolvência. Se se comprovar que os atrasos se deram por falta de recursos do devedor e que o imóvel onerado é seu único bem, cujo valor é insuficiente para saldar todas as dívidas, ter-se-á a configuração de sua insolvência. O Credor sub-hipotecário só poderá instaurar a execução contra o devedor nos casos de insolvência previstos no Código de Processo Civil, arts. 748 a 786 (DINIZ, 2006, p. 1181-1183).

A possibilidade de alienação do bem hipotecado e também a possibilidade de várias dívidas serem garantidas por um mesmo imóvel[12] sempre foram vistas como 'inconvenientes' sob o ponto de vista do Credor. As duas situações sempre dificultaram a recuperação do crédito, dado que, no caso de alienação do imóvel pelo devedor, ocorria o vencimento antecipado da dívida (conforme cláusula contratual padrão) se outra garantia não fosse imediatamente apresentada. Mas tal não dependia de anuência do Credor, e o cartório de registro de imóveis registrava a compra e venda entre o devedor e terceiro.

Por vezes pode ocorrer de o cartório de registro de imóveis requerer que o vendedor de imóvel hipotecado dê ciência ao banco credor da compra e venda que está promovendo para terceiro comprador, ou mesmo obtenha sua anuência (muito embora tal exigência cartorária não contenha fundamento jurídico). E, regra geral, os contratos de mútuo bancário contêm a previsão de que ocorre o vencimento antecipado da dívida caso o devedor aliene o imóvel que serve de garantia hipotecária em operação de crédito.

A garantia real de hipoteca subsiste no Brasil e continua sendo muito utilizada em toda a América. Comparativamente, o Chile, país com melhor previsão de crescimento econômico que o Brasil, prossegue utilizando o instituto da hipoteca, lá disciplinado em três modalidades – hipoteca simples, hipoteca com mútuo endossável e hipoteca com emissão de letra de crédito.[13] [14]

---

[12] Na hipoteca sucessiva sobre o mesmo imóvel, o credor hipotecário registrado em segundo lugar somente receberá depois de feito o pagamento integral ao credor registrado em primeiro lugar.

[13] "*Las garantías. Normalmente el crédito se entrega contra alguna garantía que dé seguridad del pago de la obligación a la entidad que lo otorga. Ya analizamos la hipoteca, la prenda y la fianza, tres contratos accesorios destinados a asegurar el cumplimiento de las obligaciones, que son figuras contractuales a las cuales recurren las entidades financieras comúnmente para asegurar los créditos que otorgan.*

Ante una solicitud de crédito, el banco, después de analizar la capacidad crediticia del futuro deudor, con toda seguridad propondrá hipotecar inmuebles en los cuales se desarrolla la producción, de manera que si en el futuro la empresa deudora no paga el crédito, estos inmuebles hipotecados sean vendidos mediante in procedimiento especial para que el banco se pague con el producto de la venta.

Otra alternativa que tienen las entidades financieras es que la empresa dé en prenda bienes muebles, como maquinaria, equipamiento u otros. Normalmente la prenda como contrato real se perfecciona por la entrega de los bienes muebles prendados; sin embargo, con la prenda industrial, especialmente pensada para estos casos, ello no es necesario, toda vez que se podrá seguir produciendo sin entregar el bien al creedor. La prenda industrial es

3 Da Alienação Fiduciária

3.1 Conceito

Como instituto jurídico de garantia real de crédito, a alienação fiduciária está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a edição da Lei nº 4.728/65, com as alterações que lhe foram dadas pelo Decreto-Lei nº 911/69, no que tange a bens móveis. Já em 2002, com a promulgação do novo Código Civil, a propriedade fiduciária veio conceituada nos artigos 1361 a 1368-A.

Na lição de Gomes (1970), nas dívidas garantidas por meio de alienação fiduciária, a mora constitui-se *ex re*, daí porque acontecerá pelo simples vencimento do prazo para pagamento.[15]

O eminente jurista Silvio Rodrigues fez constar em sua obra que:

---

una garantía constituida sobre bienes muebles para caucionar obligaciones contraídas en el giro de los negocios que se relacionan con cualquier clase de trabajos o explotaciones industriales, conservando el deudor la tenencia y uso del bien mueble sobre el que recae la prenda, los que pueden ser maquinarias, materias primas, productos elaborados, herramientas, útiles, productos agrícolas, acciones, bonos y otros valores.

Pero volvamos a la hipoteca que, como señalamos, es la garantía más recurrente solicitada por los bancos y las entidades financieras. Estamos frente a lo que denominamos créditos hipotecarios, que se pueden establecer de tres formas: crédito hipotecario con emisión de letras de crédito, crédito hipotecario con mutuo endosable y crédito hipotecario simple.

En el primer caso el crédito hipotecario se documenta en letras de crédito garantizadas con hipoteca, las que por su naturaleza pueden hacerse circular en le mercado, recuperando el banco su dinero inmediatamente.

El mutuo endosable es otro mecanismo comúnmente utilizado por los bancos. Se celebra un contrato de mutuo por escritura pública y se incluye en el contrato una cláusula 'a la orden', lo que quiere decir que entregándosele una copia de la escritura al creedor, éste puede ceder fácilmente el crédito a otros bancos o instituciones financieras mediante un 'endoso'. El endoso es el acto en virtud del cual el tenedor de un documento mercantil transfiere el dominio de éste o lo entrega en cobro, o lo constituye en prenda, que se realiza estampando la firma al dorso del documento o en una hoja de prolongación adherido a él, debiendo ser este endoso puro y simple; es decir, no debe estar sujeto a condiciones o plazos" (MENA, 2011, p. 208-209).

[14] Ver Circular nº 3013-652 do Banco Central do Chile, publicada em 27 de agosto de 2009.

[15] Gomes (1970) apresenta o seguinte conceito para *alienação fiduciária*: "*Em sentido lato, a alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição*".

> Se examinarmos a natureza jurídica do instituto, verificaremos tratar-se de compra e venda feita sob condição resolutiva. O negócio se aperfeiçoa desde logo e gera todos os seus efeitos, resolvendo-se se ocorrer o evento futuro e incerto representado pelo pagamento do débito pelo devedor.
> Trata-se de negócio solene, pois a lei lhe impõe a forma escrita; do instrumento devem constar o total da dívida, ou sua estimativa, local e data do pagamento, a taxa de juros, comissões cuja cobrança for permitida, estipulação de correção monetária, cláusula penal, se houver, bem como a descrição dos bens fiduciariamente alienados, com os elementos indispensáveis à sua identificação (art. 66, § 1º).
> A principal vantagem, para o credor, nas obrigações garantidas por alienação fiduciária, é a dispensa da praça, na venda da coisa. Embora a lei continue a vedar o pacto comissório (v. n. 193, v. 5), permite ela ao credor, após a apreensão da coisa, proceder à venda da coisa a terceiros, "independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver" (Dec.-lei n. 911, de 1º-10-1969, art. 2º) (RODRIGUES, 1995, p. 170-171).

Pensado como mecanismo de ágil recuperação de crédito, o procedimento de alienação fiduciária de coisa imóvel, baseado na execução extrajudicial do direito, foi introduzido no Brasil pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que deu a seguinte redação à Lei nº 9.514/97:

> Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta lei é negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.
> § 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: *(Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.481[16], de 2007)*
> I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário; *(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*

[16] A Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007, prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União.

> II - o direito de uso especial para fins de moradia; *(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*
> III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; *(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*
> IV - a propriedade superficiária. *(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*
> § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. *(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)*
>
> Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.
> Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

A Alienação Fiduciária de bem imóvel é um tipo de garantia em que o devedor transfere ao credor o domínio do imóvel em garantia de pagamento. O credor conserva o domínio direto do imóvel alienado (e a posse indireta) até a liquidação da dívida garantida.[17] Veja-se que a alienação fiduciária de bem imóvel é um procedimento administrativo de execução do crédito em que se formaliza a consolidação, a confirmação da propriedade em nome do credor pela preclusão da oportunidade do devedor de obter a reversão da transferência do domínio direto para si, conforme previsões legais.

O Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seus arts. 1.359 a 1.368-A, fez previsões sobre a *propriedade resolúvel* e a *propriedade fiduciária*, inexistindo referência à *alienação fiduciária* entre os direitos reais capitulados no art. 1.225 do Código Civil, justamente por corresponder a um procedimento que se utiliza do direito real de *propriedade* (domínio) para compor uma modalidade de garantia contratual em financiamentos.

3.2 Diferenças entre a alienação fiduciária e outras modalidades de garantias reais

Não pretendendo esgotar todas as peculiaridades do instituto, já bastante conhecido de todos os operadores do Direito, é importante frisar que a lei prevê uma certa *afetação patrimonial*

[17] Ver conceituação dada pelo art. 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, alterada pelo Decreto-Lei nº 911, de 1 de outubro de 1969.

do bem alienado em garantia, ou seja, tal bem não deveria responder por débitos não relacionados à contratação da alienação fiduciária.

A principal diferença entre o instituto e as modalidades de garantias reais, tais como o penhor, a caução e a hipoteca, é justamente esta: o devedor não permanece com pleno domínio do imóvel ofertado em garantia; na alienação fiduciária efetiva-se a transferência da propriedade ao credor (fiduciário), restrita e resolúvel, regressando ao patrimônio do fiduciante por ocasião do adimplemento total da dívida.[18] No sistema dicotômico brasileiro, ao alienar fiduciariamente o imóvel, o fiduciante fica com o domínio indireto, e o fiduciário segue com o domínio direto sobre o bem.

Ponto a favor da instituição do procedimento de alienação fiduciária está no fato de que, nos termos do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial (ver Superior Tribunal de Justiça, AGRMC 201200715434, AGRMC - Agravo Regimental na Medida Cautelar – 19181, DJE de 25/09/2012).

3.3 Procedimentos de consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor

O art. 26 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, disciplina o procedimento da *consolidação da propriedade* em nome do credor. Já pelo art. 27, tem-se as regras sobre a alienação do bem em público leilão, após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, e sobre a extinção da dívida. Eis a razão da preferência atual do credor pela alienação fiduciária.

O § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, consigna um ponto desfavorável ao credor. Confira-se:

> § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

Cientes dessa previsão legal, o que os bancos têm feito é conceder crédito, por exemplo, de no máximo 50% ou 60% do valor de avaliação do imóvel (valor atribuído pelo serviço de engenharia do banco concessor). Assim, a garantia representa-

[18] Ver Elias Filho (2006, p. 264).

da pela alienação fiduciária pode não ser entendida como absolutamente satisfatória.

Nos termos do art. 26 da Lei nº 9.514/1997, o serviço cartorário é órgão auxiliar da execução extrajudicial da alienação fiduciária, juntamente com o agente fiduciário, estando este último encarregado da promoção dos leilões.

3.4 A possibilidade de um mesmo imóvel garantir mais de uma operação ou contrato com o mesmo credor: a expressão "Termo Guarda-Chuva"

O procedimento ditado pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, sem sombra de dúvida, ao introduzir a alienação fiduciária de imóvel em garantia no âmbito do mercado financeiro e de capitais, agilizou as operações, permitiu maior número de negócios, simplificou a burocrática constituição da garantia real, impediu a oferta do mesmo imóvel em garantia de outras dívidas e imprimiu maior segurança ao credor e ao investidor.

O jurista Nelson Abrão fez o seguinte comentário sobre a repercussão da edição da Lei nº 10.931/2004 e os direitos do credor fiduciário:

> Inafastavelmente, o sistema financeiro e notadamente as instituições bancárias ganharam instrumentos mais claros evidenciando um código de regras nas operações imobiliárias, de empréstimos, capital de giro e proteção ao patrimônio de afetação, porém com privilégios estabelecidos que muitas vezes não combinam com a especificidade da relação de consumo.
> Em linhas gerais, renova-se a possibilidade de execuções feitas pelos bancos sem a participação do Judiciário, não se admite discussão da dívida sem comprovação do adimplemento, repercutindo nas ações revisionais, contemplando-se títulos que se revestem de menores custos no mercado e asseguram maiores garantias aos credores (ABRÃO, 2011, p. 513).

Passados já dez anos da introdução da alienação fiduciária de bem imóvel, chegou-se a determinado momento econômico no Brasil em que credores e devedores buscam encontrar soluções negociais para que novas operações de crédito sejam feitas e/ou renegociadas, considerando o fato de que, no cenário econômico atual, parece haver um 'esgotamento' dos imóveis que o devedor e/ou proponente teria para ofertar, pelo fato de já se encontrarem alienados a determinado Credor, em razão de determinado negócio. Importante dizer que a alienação fiduciária

não guarda similaridade com a hipoteca nesse ponto (sub-hipoteca), posto que o imóvel não pode ser ofertado em alienação fiduciária mais de uma vez, quer em favor do mesmo credor, quer em favor de outro credor. Essa característica, que inicialmente foi vista como uma vantagem pelos bancos, agora parece não ser tão providencial assim.

A questão que se coloca é: pode um mesmo imóvel garantir mais de uma operação ou contrato com o mesmo Credor? Algumas composições contratuais (inserções de causa de vencimento antecipado e outras) e estratégias jurídicas processuais até podem ser postas em execução; contudo, não se pode atestar a total eliminação do risco jurídico de perecimento dos direitos e/ou créditos do mutuário relativos ao imóvel já ofertado em alienação fiduciária num primeiro contrato.

Para hipótese de contratações de operações diversas, de forma simultânea, tem-se cogitado operacionalizar a oferta de alienação fiduciária de um mesmo imóvel para mais de uma operação de crédito (modalidade) por meio do chamado "Termo Guarda-Chuva", um tipo de Termo de Constituição de Garantia que indicaria um valor limite global de crédito, *verbi gratia*, cujo registro assim poderia servir de garantia para mais de um contrato. Contudo, depender-se-ia de posicionamento favorável dos cartórios e, nesse caso, o indeferimento seria obstáculo que, muito provavelmente, teria como fundamento o art. 24 da Lei nº 9.514/1997.[19] Nesse caso, a inadimplência em uma das operações necessariamente também deveria ser causa de vencimento antecipado da(s) outra(s), não estando descartada a hipótese de inviabilização da execução extrajudicial e de questionamentos judiciais do Devedor.

[19] É recorrente a negativa de registro, por Oficial de Cartório de Registro de Imóveis, de Termo de Constituição de Garantia de Alienação fiduciária, que visa garantir dívida contraída através de Contrato de Renegociação (concessão de mais crédito, de mais prazo para pagamento), com pretensão do devedor de não pagar as despesas de novo registro da garantia, sob a alegação de que seria apenas um "aditamento contratual" ou uma "retificação à primeira avença". Correta a exigência cartorária se o contrato original está vencido: a situação exige nova contratação, novo valor principal de dívida, novo prazo e novas condições de reposição do empréstimo, taxas e encargos (itens identificadores de uma 'dívida", nos termos do art. 24 da Lei nº 9.514/1997). A hipótese seria de novo contrato, nova dívida. Nesse caso, com o fim exclusivo de permitir o registro da nova garantia vinculada ao "Contrato de Renegociação", exige-se também apresentação, para averbação, de instrumento de liberação da garantia anteriormente registrada.

Em contratações subsequentes, poder-se-ia planejar, por exemplo, que a segunda operação contivesse previsão contratual de vinculação de eventual saldo credor de execução extrajudicial da alienação fiduciária ofertada quando da primeira operação de concessão de crédito; ou contivesse contratação de Cessão de Direitos da Propriedade Superveniente. O devedor, ao se tornar inadimplente na primeira operação, sofreria a execução extrajudicial da garantia imobiliária, fato que ensejaria aplicação da autorização contratual para que o Credor se apropriasse do saldo de que trata o art. 27, § 4º da Lei nº 9.514/1997, para quitação ou amortização do saldo devedor da segunda operação. Por certo, essa "engenharia" somente teria razoável segurança e risco diminuto nas situações em que o valor de avaliação do imóvel fosse[20] bastante superior ao valor das dívidas, considerando-se a previsão contida no mesmo art. 27, § 5º da mesma lei.

Outra deve ser a previsão contratual caso a inadimplência ocorra primeiro na segunda operação de crédito, aquela que não possui garantia de alienação fiduciária do imóvel. Nesse caso, poderia o jurídico do banco iniciar a execução judicial do segundo contrato (inadimplente) e peticionar a penhora do mesmo imóvel ofertado em garantia no primeiro contrato de concessão de crédito. Estando em alienação fiduciária para o mesmo credor, grandes chances de a penhora ser deferida e registrada. Registrada a penhora, esse fato geraria o vencimento antecipado da primeira operação (previsão contratual de vencimento antecipado quando for constituída penhora ou qualquer outro ônus sobre o imóvel). Se não houver autorização judicial de penhora do próprio imóvel já alienado ao banco, o caso seria de suspensão da execução (não havendo outros bens a perseguir), até resolução final da primeira operação (se houver quitação com liberação da garantia, a penhora poderia ser registrada; se ocorresse inadimplência, o banco credor se apropriaria do saldo credor de que trata o art. 27, § 4º da Lei nº 9.514/1997, seja pela autorização contratual, seja pela execução judicial já em curso).

[20] É comum, por exemplo, que um imóvel avaliado em R$ 2.000.000,00 esteja hoje garantindo ("preso a") uma dívida comercial com saldo devedor inferior a R$ 200.000,00: o devedor não possui condições financeiras de quitar o saldo devedor, e o credor não dispõe de opção com segurança jurídica para conceder mais crédito, sob a garantia do mesmo imóvel, sem que haja, previamente, o registro do cancelamento da alienação fiduciária do imóvel por quitação da dívida.

Mas, repisando, não se pode atestar a total eliminação do risco jurídico, qual seja, o de que terceiro obtenha êxito em medida judicial que atinja os direitos e/ou créditos do mutuário relativos ao imóvel ofertado em alienação fiduciária num primeiro contrato, antes do banco credor do Fiduciante.

3.5 Alienação fiduciária no Direito Comparado: o caso argentino

O Brasil não foi o pioneiro, ao que parece, na introdução do procedimento ao ordenamento jurídico no que tange a financiamento habitacional, com o fito de promover a execução extrajudicial do bem garantidor (aqui intitulada *alienação fiduciária de bens imóveis*). A experiência argentina teve início antes, com a publicação da Lei nº 25.798 em 7 de novembro de 2003. De acordo com a citada lei do país vizinho, o mutuário que quisesse refinanciar sua dívida hipotecária habitacional e se enquadrasse nas regras do programa, assim o poderia fazer, mas sob a constituição de propriedade fiduciária em favor do credor (*fideicomiso*). Nesses termos, confira-se:

> Ley 25.798
> HIPOTECA. SISTEMA DE REFINANCIACIÓN HIPOTECARIA
> San. 5/11/2003; promul. 6/11/2003; publ. 7/11/2003
> CAPÍTULO I
> Del Sistema de Refinanciación Hipotecaria
> Artículo 1.- Creación. Créase el Sistema de Refinanciación Hipotecaria el que tendrá por objeto la implementación de los mecanismos de refinanciación previstos en la presente ley y su regulamentación.
> 2.- Mutuos elegibles. A los fines de la presente ley, se entenderá como mutuo elegible aquellos mútuos garantizados com derecho real de hipoteca que cumplan con la totalidade de los siguientes requisitos:
> a) Que el deudor sea una persona física o sucesión indivisa;
> b) Que el destino del mutuo haya sido la adquisición, mejora, construcción y/o ampliación de vivenda, o la cancelación de mútuos constituídos originalmente para cualquiera de los destinos antes mencionados;
> c) Que dicha vivenda sea única y familiar.
> La naturaliza del acreedor no constituye requisito de elegibilidade, resultando incluídos en consecuencia los mútuos celebrados com entidades financieras o acreedores no financeiros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 de la presente ley.
> 3.- Época de la mora. La parte deudora de um mutuo elegible deberá haber incurrido en mora entre el 1 de

> enero de 2001 y el 11 de septiembre de 2003 y mantenerse en dicho estado desde entonces hasta la fecha de entrada en vigência de la presente ley.
> [...]
> CAPÍTULO II
> Del fideicomiso
> 12.- Creación. Créase el Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria, que se regirá por la presente ley y su reglamentación, resultando de aplicación subsidiaria lo dispuesto en la ley 24.441 y sus modificatorias.
> 13.- Objeto. El fideicomiso tendrá por objeto implementar el Sistema de Refinanciación instrumentado por la presente ley y su reglamentación.
> 14.- Organización. El Poder Ejecutivo nacional designará el agente fiduciário en un todo de acuerdo con las prescripciones de la ley 24.441 y sus modificatorias, quedando facultado para determinar la integración del patrimônio del fideicomiso.
> 15.- Delegación. Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a establecer la participación en el presente Sistema del Fondo Fiduciario para la Reconstrucción de Empresas, creado por el decreto 342 del 18 de abril de 2000 y sus modificatorios (CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 2011, p. 586-588).

O instituto do *fideicomiso*[21] no direito argentino foi adaptado também para utilização do financiamento habitacional, guardando algumas diferenças com o *fideicomisso* de nosso Código Civil.[22]

Cabe aqui dizer que a citada lei argentina nº 25.798/2003 e seu Decreto Regulamentador nº 1.284/2003 foram questionados, de forma massiva, perante as Cortes daquele país, tendo os jurisdicionados pleiteado a declaração de inconstitucionalidade em razão de a lei atribuir ao fiduciário (art. 16 da lei) a faculdade de analisar e decidir se determinado contrato de mútuo habitacional estaria apto ou não (elegível) à aplicação das no-

---

21 "*LEY 24.441*
FIDEICOMISO, HIPOTECA, FINANCIAMIENTO DE LA VIVIENDA Y LA CONSTRUCCIÓN.
Sanc. 22/12/1994; promul. 9/1/1995; publ. 16/1/1995
Título I – DEL FIDEICOMISO
Capítulo I
Artículo 1.- Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propriedad fiduciária de bienes determinados a otra (fiduciário), quien se obliga a ejercerla em beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiário), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiário o al fideicomisario" (CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 2011, p. 517).

22 Ver arts. 1951 a 1960 do Código Civil Brasileiro.

vas regras do sistema de refinanciamento hipotecário. Os mutuários de contratos de financiamento habitacional daquele país rejeitavam a aplicação das novas regras por entenderem que a adesão ao novo sistema de refinanciamento da moradia prejudicaria significativamente seus direitos e interesses, baseada em 'pretenso' propósito de reequilíbrio financeiro.

4 Da função instrumental do Direito e da adequação do instituto no ordenamento e cenário econômico brasileiro

A força dos fatos econômicos muitas vezes impõe a introdução de novos institutos e/ou regras. Na evolução histórica, é perceptível que o fato político vem influindo na ordem econômica e no direito que a envolve. O Estado tem ingerência direta na ordem econômica e participação ativa nas relações sociais.[23] São várias as ações interventivas e participativas do Estado na esfera econômica e social, praticadas com o objetivo de disciplinar o mercado, enquadrar as relações patrimoniais e conduzir a execução de política econômica, utilizando o Direito como instrumento do desenvolvimento econômico. Por meio de instrumentos e procedimentos legais, é possível ao Estado regular o mercado a fim de estabelecer medidas tendentes ao desenvolvimento. Nesse sentido, o ordenamento jurídico se apresenta como instrumento de que se vale o Estado na promoção de mudanças no cenário econômico e no processo de desenvolvimento, com grande repercussão sobre as relações privadas.

O modelo econômico teria como premissas a economicidade e a simplificação dos procedimentos.

A introdução da alienação fiduciária de imóvel no ordenamento pátrio veio atender exigências do mercado, do contexto econômico-financeiro-social, e interesses de vários segmentos da sociedade, seja das instituições financeiras, seja das pessoas físicas ou jurídicas proponentes de mútuo, seja da construção civil. O novo instituto foi capaz de facilitar o acesso ao crédito, por impingir menor risco ao credor financiador e instituir um célere e descomplicado procedimento extrajudicial de execução da garantia (política de desenvolvimento com segurança) em operações com oferta de imóvel em garantia. Havia especial interesse do Estado em proporcionar maior segurança e estabilidade a essas relações contratuais, maximizando a utilidade do instituto jurídico por facilitar a operacionalização de negociações financeiras que assegurem a eficaz recuperação de investimentos.

Da forma como introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, considerando as questões afetas à vigência da norma e

aplicação do instituto, a alienação fiduciária de bem imóvel foi bem recepcionada, não incitando maiores discussões sobre sua constitucionalidade.

Conclusão

Como já dito, a funcionalidade e eficiência dos institutos jurídicos garantidores de concessão de crédito possuem relação direta com o desenvolvimento econômico e social de um país. A credibilidade do ordenamento, a segurança jurídica e contratual, a boa definição e delineamento dos institutos oferecem maiores condições de expansão e estabilidade econômica, fomentando negócios e atraindo capitais e investimentos.

O procedimento mais ágil da constituição da alienação fiduciária de bem imóvel e sua respectiva execução extrajudicial é hoje a modalidade de garantia mais utilizada pelas instituições financeiras brasileiras, tanto no financiamento habitacional como no comercial. Muito embora se ressinta da impossibilidade de haver constituição de mais de uma garantia de alienação fiduciária sobre o mesmo imóvel, o caminho que se vislumbra é mesmo o de desuso da hipoteca, notadamente pelo fato de que a execução extrajudicial da garantia de alienação fiduciária prescinde do Judiciário para se fazer operar. O cenário atual, de "amadurecimento" do instituto e de percepção de suas deficiências e vantagens, certamente levará ao seu aperfeiçoamento, que assim deverá ocorrer por meio de alterações legislativas.

Referências

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 14ª ed. rev. atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – Legislación Complementaria. 9. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ELIAS FILHO, Rubens Carmo. **Contratos Bancários**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 2ª ed. São Paulo: Universitária de Direito LTDA, 1970.

MARCUSE, Robert. **El Banco Nuestro De Cada Día** – Una Visión Desde Adentro. 1ª ed. Buenos Aires: Granica, 2010.

MARICHAL, Carlos. Prólogo. *In*: ROUGIER, Marcelo (comp.). **La Banca de Desarrollo En América Latina**. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011. p. 9.

MENA, Cristián Saieh. **Derecho Para El Emprendimiento Y Los Negocios**. 2ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

RAMÍRES GRONDA, Juan D. **Diccionario Jurídico**. 12ª ed. Buenos Aires: Claridad, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** - Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: Direito das Coisas. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.

A teoria dos contratos incompletos e a análise econômica do Direito

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

No presente estudo, buscar-se-á investigar a teoria dos contratos incompletos à luz dos postulados da Análise Econômica do Direito, analisando os motivos que servem para consolidar essa forma de contrato como mecanismos para superação da assimetria de informações existente entre as partes bem como dos custos de transação existentes no mercado. Nesse contexto, inicialmente irá se analisar a questão da assimetria de informações existente nos contratos, passando-se pela análise também da ocorrência de comportamentos oportunistas e normas imperativas e supletivas para nivelamento do desequilíbrio informacional, no que se inclui, notadamente, a boa-fé contratual no âmbito dos contratos empresariais. Em seguimento, serão analisados os custos de transação, os quais estariam, em contrapartida à sua existência, a sugerir os contratos incompletos como ferramenta à obtenção de trocas eficientes e ótimas entre as partes. A suposta lacunosidade proposital dos contratos incompletos não seria óbice à eficiência negocial, pois haveria, da mesma forma, normas supletivas e modalidades contratuais, no caso contratos relacionais, que viabilizariam a troca ótima de bens e serviços entre as partes.

Palavras-chave: Contratos incompletos. Análise Econômica do Direito. Assimetria de informações. Eficiência negocial.

ABSTRACT

In this study, will be sought to investigate the theory of incomplete contracts the light of the postulates of Economic Analysis of Law, analyzing the reasons that serve to consolidate this form of contract as a mechanism for overcoming the existing information asymmetry between the parties and existing transaction costs in the market. In this context, initially will examine the issue of information asymmetry existing contracts, passing by the analysis also the occurrence of opportunistic behavior and imperative and subsidiary rules to level the informational imbalance, as it includes, in particular, good faith contract under corporate contracts. In

follow-up will be analyzed transaction costs, which would be in match against its existence, suggesting incomplete contracts as a tool to obtain efficient exchanges and great between the parties. The alleged deliberate lacunosidade of incomplete contracts would not be obstacle to business efficiency as would, likewise, subsidiary rules and contractual arrangements, in the case relational contracts, which allow the optimal exchange of goods and services between the parties.

Keywords: Incomplete contracts. Economic Analysis of Law. Information asymmetry. Business efficiency.

Introdução

O modelo clássico dos contratos pressupõe que as partes são dotadas de *racionalidade ilimitada*, de modo a processar de forma eficiente todas as informações que recebem. Quando da celebração do contrato, portanto, a *informação é livre e inteligível* aos contratantes, os quais, ademais, não fazem uso de vantagens indevidas ou informações privilegiadas. Desta feita, portanto, o modelo contratual clássico pressupõe *ausência de incerteza* e de *assimetria informacional*.

Ainda, por muito tempo, prevaleceu na Ciência Jurídica, como dogma irrefutável, a ideia de que quanto maior o rol de cláusulas contratuais menor seria o risco de inadimplemento ou controvérsia acerca do vínculo estabelecido entre as partes. Assim, pressupunha-se, com certa naturalidade, que a extensão de cláusulas contratuais certamente reduziria os riscos do negócio, bem como eventuais divergências interpretativas que porventura pudessem surgir entre os contraentes. Estabelecia-se, assim, na história, a crença na completude dos contratos.

Essa proposição ignorava a análise de aspectos externos aos contratantes e ao próprio negócio. Assim, não se investigava, por exemplo, se as partes de fato detinham racionalidade suficiente para antever, e assim dispor, sobre todas as variáveis do negócio, especialmente para os contratos de execução não instantânea. Ainda, não era relevante, naquele momento da história, como dito, investigar se as partes detinham ou não *informações simétricas* e se o esforço empregado pelas partes (no desiderato de dispor de um maior número de cláusulas contratuais) não traria, em contrapartida, ônus demasiado ao negócio, como, por exemplo, incremento de *custos de transação*.

Foi, pois, sob a influência dos Estudos da Análise Econômica, mais precisamente, Análise Econômica do Direito (AED), que tais questões passaram a incidir sobre os contratos empresariais, os quais

passaram a receber, assim, uma nova abordagem interpretativa, culminando no reconhecimento e valorização daquilo que se convencionou chamar de ***contratos incompletos***, entre outras figuras contratuais. A AED passou, em síntese, a confrontar a ideia, até então vigente, de completude contratual, para prestigiar e reconhecer como algo inafastável ao mercado a incompletude contratual.

Em um primeiro momento houve desconfiança acerca dos postulados, institutos e métodos investigativos impostos pela AED ao fenômeno contratual. Em verdade, os questionamentos por parte dos operadores do direito ainda são a regra, o que se atribui, em muito, à ausência de conhecimento acerca do ferramental de estudo oferecido pela AED aos contratos. Ademais, os profissionais do Direito sempre foram, em certa medida, refratários às influências de outras Ciências, para o que não poderia ser diferente com a Economia.

A respeito disso importa transcrever as precisas palavras de Cooter e Ulen (1999, p. 11/12, grifos nossos):

> Hasta hace poco tiempo, el derecho confinaba el uso de la economía a las áreas de las leyes antimonopólicas, las industrias reguladas, los impuestos y la determinación de danos monetários. El derecho necesitaba a la economía en estas áreas para contestar interrogantes como: '¿Cuál es la participación del demandado en el mercado?', '¿reducirá el control de precios la disponibilidad de seguros automovilísticos?', '¿quién soporta en realidade la carga del impuesto a las ganâncias del capital?' y '¿cuánto ingresso futuro podrían perder los hijos por la muerte de su madre?'.
>
> **Esta interaccíon limitada cambió drásticamente a principios de los años sesenta, cuando el análisis econômico del derecho se expandió a las áreas mas tradicionales del mismo, como la propriedad, los contratos, los ilícitos culposos, el derecho penal y procesal penal, y el derecho constitucional.**

Nesse sentido é também a lição de Salama (2008, p. 49/50, grifos nossos):

> Tanto o direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. **Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamen-**

> **te verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente destrutivo.**
>
> Em meio à turbulência, nas últimas décadas, este diálogo tornou-se fértil. A partir das obras de Ronald Coase e de Guido Calabresi, tomou corpo uma disciplina acadêmica que surge da confluência dessas duas tradições. No Brasil, esta disciplina tem sido chamada ora de *Direito e Economia*, ora de *Análise Econômica do Direito*.

A AED é um método de abordagem econômica do direito e, especialmente no que diz respeito aos contratos, surgiu há algumas décadas nos Estados Unidos, mais precisamente nas Universidades de Chicago e Yale. Pode-se dizer que inauguraram esse método os artigos *The Problem os Social Cost*, de Ronald Coase, publicado no *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1, e *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law and Economics of Torts*, de Guido Calabresi, publicado no *Yale Journal*, vol. 70, 1961, p. 499.

Novamente se utiliza da doutrina de Salama (2008, p. 51, grifos nossos), que faz referência ao histórico do movimento Direito e Economia para depois conceituá-lo:

> O Direito e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado. Tendo surgido nos Estados Unidos, nas Universidades de Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos, e depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e já existe considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental.
>
> **Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas. Na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende a aplicação das**

teorias e métodos empíricos da economia para instituições centrais do sistema jurídico.

O Direito é a ciência que visa estudar e regular o comportamento humano através de normas jurídicas. A Análise Econômica é um método de investigação econômica sobre comportamento/relações humanas, inserido em um mundo de recursos escassos. Assim, AED é a aplicação desse método ao ordenamento jurídico, especialmente sobre as consequências deste e as escolhas de normas mais ou menos eficientes à satisfação do bem-estar. Busca a AED, assim, impor um método de investigação econômica à elaboração e aplicação das normas jurídicas.

Gico Jr. (2011, p. 19/20, grifos nossos) assim explicita:

> Assim, quando se fala em análise econômica não estamos nos referindo a um objeto de estudo específico (e.g. mercado, dinheiro, lucro), mas ao **método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas** (e.g. litigar ou fazer acordo, celebrar ou não um contrato, poluir ou não poluir). Assim, a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, e passível de análise econômica.

Importa destacar que não se confunde AED com Direito Econômico. Este, como cediço, é uma das espécies do Direito, assim como o é o Direito Civil, Direito Administrativo, entre outros. O Direito Econômico preocupa-se com normas jurídicas regulatórias da produção e circulação de riquezas (produtos e serviços), no que se incluem, por exemplo, questões atinentes a monopólios e oligopólios, intervenção do Estado na economia, concorrência desleal, Lei de Economia Popular, Lei Antitruste, entre outras.

Os estudos de AED trouxeram à teoria dos contratos a premissa de que há, na formação do vínculo, assimetria informacional entre as partes, porquanto informações sobre bens ou interesses que se pretende transacionar não são conhecidas de forma completa e equânime pelos celebrantes. Assim, haveria inafastável desnivelamento de informações pelos contraentes e, portanto, incompletude contratual **informacional**.

Roppo (2009, p. 40, grifos nossos), embora não discorresse de forma expressa à luz dos postulados da AED, já referia que as partes seriam desiguais e, portanto, afastava-se o dogma de igualda-

de e completude informacional, ao abordar as funções do contrato na sociedade capitalista:

> É esta também aqui a chave para entender o alcance real do princípio da igualdade (formal) dos sujeitos contraentes: capitalistas e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem parecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma troca de equivalentes; **a igualdade das pessoas é um reflexo da igualdade das mercadorias trocadas: ainda que tal igualdade seja, na realidade, puramente formal e ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo e uma expressão da sua própria pessoa (pelo que a sua formal liberdade de contratar se resolve na sua substancial sujeição), e porque a troca é substancialmente desigual, deve ser desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais valia, pela qual se refere, como fundamento primeiro, todo o sistema capitalista.**

Não bastasse isso, os estudos de AED trouxeram ainda, entre outros aspectos, a constatação inafastável de que emergem custos de transação na elaboração dos contratos, os quais surgem tanto da busca pela redução da assimetria de informações pelas partes para redução de riscos (todos os custos que envolveriam a contratação de advogados, pesquisa sobre objeto, preço e adimplemento, entre outros), como quando os contratantes pretendem dispor exaustivamente sobre todo o programa obrigacional. Nesse caso, houve a percepção de que a sua elaboração e execução tenderiam a se tornar mais dispendiosas quanto mais extensos fossem os riscos que se pretendesse dispor. Ou seja, a extensão de cláusulas contratuais, no desiderato de minimizar os riscos do negócio e regular o maior número possível de direitos e obrigações das partes, por certo, implicaria aumento dos custos operacionais aos contratantes para a execução das obrigações contraídas. Tal abordagem ganhou relevo, sobretudo, nos chamados *contratos de longa duração*, pois sendo estes de execução e adimplemento projetados no tempo, a manutenção exitosa do vínculo pressupõe, justamente, certa incompletude, de modo a permitir sua revisão, integração e adequação às novas variáveis de mercado, desonerando-se as partes de custos anteriores à formação do vínculo. Os contratos incompletos, dessa forma, seriam **instrumentais** à redução dos custos de transação.

A respeito disso cumpre transcrever as precisas palavras de Sztajn (2004, p. 287, grifos nossos):

> Partindo da premissa de que os economistas podem contribuir para o aperfeiçoamento da ciência do Direito, pergunta-se por que não trazer para este campo – ao lado dos **custos de transação e da assimetria de informações – a percepção da incompletude contratual?** Por que, na análise de contratos, não investigar as propostas de estudos econômicos, correspondentes a algumas formulações recentes de extrema importância? Será concebível que as duas áreas do conhecimento – direito e economia – não se interpenetrem, mantendo-se em linhas paralelas, presas em compartimentos estanques?

Ainda, precisas são as palavras de Araújo (2007, p. 147, grifos nossos):

> **Se tivéssemos que escolher as contribuições mais originais e férteis da Análise Económica para a Teoria do Contrato, num lugar cimeiro colocaríamos decerto a intuição da chamada *Incomplete – Contract Theory* sobre as vantagens do *contrato incompleto* e ponderação dos seus inúmeros colorários**, entre eles a colocação do instrumento contratual numa posição intermediária entre, por um lado, o recurso ao mercado e ao seu mecanismo de puros incentivos, e por outro lado o recurso a soluções integradas, com os seus mecanismos de comando e de dissipação do risco – associando a opção contratual e, dentro dela, a opção sobre o acabamento do clausulado contratual, a uma espécie de opção implícita entre *incentivo* e *seguro*.

Assim, lançadas as linhas introdutórias do tema, o texto que segue pretende abordar, com mais profundidade (mas sem a pretensão de esgotar os assuntos, tendo em vista a riqueza doutrinária sobre os pontos e o inafastável limite ortográfico desta publicação), a caracterização dos chamados contratos incompletos à luz da AED, em especial da chamada assimetria informacional e dos chamados custos de transação dos contratos.

1 Informações assimétricas

O liberalismo que fundamentou os códigos oitocentistas, segundo os ideais da Revolução Francesa, vem sofrendo profundos questionamentos ao longo do tempo. Verifica-se, nesse contexto, atual prestígio legislativo e pretoriano aos valores sociais em detrimento da liberdade e do individualismo almejados e conquistados pela burguesia francesa. Assim, por exemplo, a função social do contrato e a consagração de deveres anexos à obrigação principal

impõem às partes a observância de padrões de conduta não antes previstos.

Mas não é só. A premissa de que os contratantes estão em situação de igualdade quando da realização do contrato – igualdade, liberdade e fraternidade foram os pilares da Revolução Francesa – é perquirida também pela AED ao se constatar que a assimetria de informações existente entre as partes as conduz, em verdade, a um cenário de desigualdade material, o que inexoravelmente desequilibra o negócio a ser realizado.

A respeito disso são as precisas palavras de Sztajn (2004, p. 286, grifos nossos):

> Analisar contratos sob a óptica da teoria clássica tem como pressuposto a igualdade entre partes contratantes, segundo os ideais da Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. **Entretanto, é simples verificar que a pretendida igualdade entre contratantes nem sempre é real e que, na maioria das operações, trata-se de pressuposto meramente formal. Na verdade, materialmente as partes estão em posição desigual em virtude da assimetria de informações distribuída entre elas. Esse fato desde logo desequilibra as relações negociais. Vem se afirmando a tendência de afastar a teoria clássica dos contratos, mesmo timidamente, e incorporar essa noção de desigualdade entre as partes, no que se refere à informação**. Idéia de que o contrato faz lei entre as partes deve ser aplicada com temperança, com cautela para evitar o prevalecimento de posições de pessoas que detenham mais e/ou melhores informações.

Vê-se, nesse contexto, que a assimetria informacional implica falhas de racionalidade nos contratos, o que inexoravelmente compromete a pretensão das partes de que o contrato seja instrumento para obtenção da máxima eficiência econômica.

Com efeito, as partes celebram os contratos de forma racional. Ao escolherem com quem contratar, o que contatar, quando contratar e como adimplir, racionalmente deliberam sobre vantagens/desvantagens em cada um desses aspectos e, também, de forma global, se o negócio será vantajoso/eficiente/benéfico. Vê-se, assim, grosso modo, que é a partir de sua própria racionalidade que os agentes irão decidir, ou não, contratar. Logo, considerando-se que o contrato é instrumento de circulação de riquezas e de influência no mercado, será a racionalidade dos contratantes que irá definir, em determinado mercado, maior ou menor grau de eficiência na troca de bens e serviços.

Porém, ao exercer a sua racionalidade ao contratar, o agente sofre influência de fatores externos que podem influenciar a própria escolha racional. Tais aspectos são nominados falhas de racionalidade. Os fatores externos são desde desconhecimento até percepção equivocada da realidade. De qualquer sorte, resultarão em deficiência na manifestação da parte enquanto mecanismo de escolha.

Nesse sentido é a doutrina de Pereira Ribeiro (2011, p. 65/67, grifos nossos):

> A perfeição do sistema teórico, no entanto, pode ser rompida por uma série de fatores. No que se refere à extensão da racionalidade, quando decide realizar um negócio, firmar um contrato, o agente muito frequentemente sofre a interferência de outros fatores que podem até mesmo sobrepujar aspectos relacionados à pura racionalidade. Prazer, ideais, objetivos indiretos podem influenciar o poder de escolha do contratante. Nesta circunstância, apontam as falhas de racionalidade que podem comprometer a eficiência que o modelo clássico associa às escolhas das partes do negócio.
>
> Também as assimetrias informacionais dos agentes impactam na formação da vontade negocial. A quantidade de dados disponíveis em relação ao objeto negociado, assim como o custo para obtenção de informações adicionais, forma o contexto psicológico dos contratantes.
>
> [...]
>
> **Assim, as falhas de racionalidade, se não são causadas pela assimetria informacional, podem ser provocadas pelas características inatas aos seres humanos e que não se relacionam à razão.**

Assim, a liberdade absoluta em contratar não conduz, necessariamente, à pretendida eficiência econômica e muito menos permite afirmar que há completude informacional estabelecida.

A assimetria informacional, como algo inerente aos contratos empresariais e que lhes retira, nesse contexto, a completude das partes quanto ao conhecimento e domínio de todas as informações atinentes às obrigações ajustadas, foi abordada também por Neubarth Trindade (2013, p. 69, grifos nossos), o qual considera tal fenômeno como sendo uma *falha de mercado*:

> Admitindo-se que as liberdades individuais sejam direitos inafastáveis, como de fato vem ocorrendo de forma crescente e gradual no curso da história da humanidade, supõe-se que seja através da negociação privada,

> por meio de acordos voluntários, que os indivíduos possam, em regra, maximizar as suas utilidades (satisfações), na busca de níveis mais elevados de eficiência e bem-estar, o que, aliás, geralmente vem a sugerir ser a intervenção estatal nociva.
>
> Entretanto, certo é que nem sempre as soluções de livre mercado, obtidas em circunstâncias onde não haja nenhuma ou pouquíssima intervenção ou regulação estatal, sejam estritamente eficientes, tanto do ponto de vista individual quanto agregado (social). **Como antes já referido, prova maior disso é a própria existência do direito contratual, o qual existe porquanto o mercado, sozinho, não é capaz de produzir, pelo menos em todos os casos, as soluções mais eficientes, tendo em conta precipuamente a existência das falhas de mercado, dentre as quais se encontra a assimetria informacional, que mais recentemente fora identificada e vem ganhando deveras relevo nos meios acadêmicos, especialmente nos Estados Unidos da América e na Europa**.

A falha de mercado ou os problemas decorrentes da assimetria informacional – o que, repita-se, conduz à incompletude do contrato sob a ótica de que todas as informações atinentes ao objeto bem como às condutas das partes não são plena e totalmente aferíveis pelos contratantes – foram abordados pela AED ao se constar situações anteriores e posteriores à formação do vínculo. Para o primeiro caso denominou-se "Seleção Adversa" e, para o segundo caso, "Risco Moral".

Em síntese, o primeiro problema (Seleção Adversa) relaciona-se com ausência de informação quanto a aspectos objetivos do negócio, como objeto e preço contratados. No segundo caso (Risco Moral), diferentemente, o problema é atinente à conduta/comportamento da parte. A Seleção Adversa traduz-se no fato de uma das partes possuir maiores informações do que a outra acerca do bem/serviço que se pretende transacionar, sendo custoso para esta obter o mesmo grau/nível de informações do que aquela. O Risco Moral, a seu turno, traduz-se no fenômeno no qual uma das partes não possui informações suficientes para verificar ou antever comportamentos da outra parte na fase de cumprimento da obrigação, sendo igualmente custoso para aquele obter tais informações a respeito do comportamento deste.[1]

[1] As questões envolvendo Seleção Adversa e Risco Moral (*Moral Hazard*) são relevantíssimas para a AED, notadamente para o ponto atinente à assimetria de informações. A Seleção Adversa, em verdade, foi o exemplo dado por George Akerlof para explicar, pioneiramente, o fenômeno da assimetria de informações, contextualizando-a no mercado norte-americano de veícu-

1. 1 Comportamentos oportunistas

Muito importante abordar, ainda, dentro do fenômeno da assimetria de informações existente nos contratos, a ocorrência de eventual comportamento oportunista daquele que detém a informação não disponível à outra parte e em que medida tal agir reproduz lícita atuação de mercado ou, ao contrário, representa violação ao principio da boa-fé contratual, cuja aplicabilidade aos contratos empresariais é incontroversa, porém, com contornos diversos do direito civil.

A assimetria de informações, como dito, é algo inerente aos contratos empresariais. É realidade posta, portanto. Nesse contexto, o uso da informação exclusiva por uma das partes é, em princípio, atividade lícita e não traduz violação de deveres anexos à boa-fé, no caso, dever de informação ou cooperação. Porém, há casos que em decorrência da informação assimétrica podem surgir comportamentos oportunistas, e nesse caso poderia haver violação de deveres anexos. Ou seja, a assimetria de informações é situação fática inafastável e o uso da informação, por si só, em princípio, não implicaria ilicitude, porquanto há riscos na atividade e a parte não detentora da informação deve estar preparada para suportá-los (no caso, negociar sem deter todas as informações é um risco). Ao lado disso, o empresário é profissional (o código civil define atividade profissional[2]) é imposto deveres de diligência na conclusão do seu negócio.

---

los usados (*The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*). Em brevíssima síntese, nos EUA, Akerlof constatou a dificuldade de compradores de veículos usados (chamados "limões") de identificar a real qualidade destes, ante a falta de informações sobre o bem e tendo em vista o custo de operação para se obter tais informações. Assim, se um veículo de boa qualidade (ainda que tal informação fosse de conhecimento apenas do vendedor) custasse US$ 2 mil, e um veículo de má qualidade custasse US$ 1 mil, o valor médio do bem, que serviria como parâmetro daquela negociação, seria US$ 1,5 mil. Isso implicaria, inexoravelmente, que os donos de veículos de má qualidade ("limões") ingressariam no mercado (já que negociariam veículos por preço superior) e os de boa qualidade se retirariam (pois negociariam veículos por preço inferior), havendo progressivo arrefecimento dos negócios. Já o Risco Moral vincula-se à falta de informações (e o custo em se obtê-las) acerca da conduta/comportamento da parte, já no curso da contratação. A Teoria da Agência foi formulada no contexto do Risco Moral, para abordar os problemas relacionados à conduta e ausência de informações entre aquele que contrata (chamado Principal) e aquele que é contratado (chamado Agente), dentro do qual pode-se exemplificar a relação cliente X advogado ou cliente X corretor de bolsa de valores.

2 "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce **profissionalmente** atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o

Nesse sentido importa colacionar a doutrina de Lupion (2011, p. 155, grifos nossos):

> Afinal, quais seriam os critérios e métodos para mitigar os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais?
>
> **O dever de cooperação pode ser relativizado pelo ambiente concorrencial dos negócios empresariais e pelo padrão de cuidado e diligência empresarial que cabe a cada empresa**. Os deveres de informação, cuidado e proteção deverão ter uma aplicação específica nos contratos de aquisição de empresas em razão do procedimento de *due diligence*.

Porém, como dito, o problema se agrava quando há comportamentos oportunistas, decorrentes de informação assimétrica, os quais representarão violação aos deveres de boa-fé. Nesse sentido é a lição de Araújo (2008, p. 118, grifos nossos):

> Como é evidente, nem todos os esforços dirigidos à erradicação de vícios e faltas de vontade quando da formação do contrato impedirão a eclosão de **atitudes oportunistas de captura de bem-estar e até de destruição de bem-estar, seja por força de uma bem-sucedida sonegação, durante as negociações, de informação estrategicamente relevante, seja por alteração das circunstâncias, seja por exploração das clareiras e interstícios que resultam do quadro legal ou das estipulações convencionadas, neste último caso por força da inevitável margem de incompletude contratual** – uma incompletude que deriva do facto de as negociações não poderem eternizar-se, e deverem concluir-se quando não podem estar ainda previstas ou recobertas todas as contingências futuras susceptíveis de interferirem com o cumprimento.

Neubarth Trindade (2013, p. 81/82, grifos nossos), ao seu turno, assim ensina:

> O Direito pode atuar de diversas formas no combate à informação assimétrica, tanto no que diz respeito à seleção adversa, quanto no que se refere ao risco moral. Outrossim, pode o direito tanto atuar diretamente sobre a assimetria informacional, ou seja, induzindo a revelação das informações privadas, quanto sobre as condutas dos agentes detentores destas informações, **de**

concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (grifos nossos).

> **modo a evitar que pelos mesmos sejam apresentados comportamentos oportunistas.**

Posteriormente, completa:

> **De outro modo, atuando não diretamente sobre a informação assimétrica, mas sim inibindo o surgimento de comportamentos oportunistas, em razão de desequilíbrios decorrentes da assimetria informacional, é a previsão da interpretação contra o proponente (*contra stipulatorem*) nos contratos de adesão, consoante art. 423 do Código Civil, que determina: 'Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente'**.
>
> Como se evidencia, muito embora essa determinação não atue própria ou diretamente induzindo a revelação de informações privadas, evidentemente possui o propósito de incentivar o proponente a elaborar os instrumentos contratuais de forma clara, buscando impedir o manejo de comportamentos oportunistas, como ocorreria ao se confeccionarem clausulados herméticos e incompreensíveis, principalmente aos leigos, objetivando confundir e mesmo impedir o entendimento das reais intenções do proponente, sob pena de, assim agindo, prejudicar a si próprio. (NEUBARTH TRINDADE, 2013, p. 84, grifos nossos).

Lupion (2011, p. 178, grifos nossos) sugere a dependência econômica como hipótese capaz de gerar comportamentos oportunistas, diversos de simples informação privada entre as partes:

> A vulnerabilidade de uma das partes também pode se verificar nos contratos de fornecimento de mercadorias e de prestação de serviços, tanto da contratante (empresa que fornece ou presta serviço) quanto da contratada (empresa que adquire ou recebe o serviço prestado).
>
> Nesses contratos, quando **houver significativa concentração e importância de uma das partes em relação a outra, haverá vulnerabilidade**, como, por exemplo, na situação de fornecedora exclusiva na qual a empresa compradora terá reduzida a sua condição de negociação ou, ainda, na hipótese de dependência econômica da contratada em relação à empresa contratante, como ocorre, por exemplo, nos contratos de prestação de serviços de transporte. Nessa perspectiva, Paulo Mota Pinto, ao examinar a licitude de uma discriminação no plano da autonomia privada, comenta que em casos de monopólio da prestação de um bem ou serviço poderá resultar numa situação de falta de alternativa do excluído.

Nesses casos, portanto, a assimetria informacional dever ser mais eficazmente controlada, para evitar a transmutação para comportamentos oportunistas.

Vê-se, assim, que ao lado da dependência econômica podem-se citar as normas imperativas como auxiliares à inibição dos efeitos maléficos decorrentes do excesso de assimetria informacional, quais sejam, os comportamentos oportunistas. As previsões dos arts. 422 e 423 são exemplos disso, cuja abordagem passa a ser feita no próximo tópico, não sem antes se mencionar que a boa-fé contratual foi abordada pela doutrina e no código civil sob três óticas: interpretação do negócio[3], limite ao abuso do direito[4] e imposição de deveres anexos.[5] Entre estes, há os deveres de informação, cooperação e lealdade. No direito empresarial, contudo, há que se ponderar, ao lado de tais deveres, a busca pelo lucro, a existência de contratantes profissionais e, ainda, as imposições do mercado incidentes sobre ambos. Inexoravelmente haverá, assim, um abrandamento da exigência de tais deveres anexos ou, se abrandamento não houver, ao menos uma leitura contextualizada às particularidades do direito empresarial é medida que se impõe. Tais aspectos serão examinados complementarmente no tópico que segue.

1. 2 Normas imperativas e supletivas

Ao lado da contribuição doutrinária anteriormente exposta em identificar situações nas quais comportamentos oportunistas extrapolariam os limites da informação assimétrica, busca-se também superar o problema da informação assimétrica, em que o desnível de informações entre as partes não permite a máxima eficiência dos polos da relação. Embora em muitos casos a assimetria informacional não se traduza em oportunismo dos contratantes, por outro lado, muitas vezes, exije correção de rumos no contrato, especialmente quanto ao comportamento das partes.

Com efeito, a autonomia da vontade não é instrumento para esse fim, pois, como dito repetidamente, as partes estão em situação de desigualdade material, seja pelo nível econômico, intelectual, político ou social. Há, como consequência, inevitável assimetria de

[3] "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

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

[5] "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

informações, não debelada pela autonomia de vontade das partes. Nesse contexto, surgem, portanto, normas imperativas e supletivas, que auxiliam as partes a superar os efeitos deletérios das informações assimétricas, afastando ou reduzindo, assim, a utilização nociva (por ser ineficiente) do poder informacional nos contratos.

As normas imperativas buscam, logo, estabelecer soluções que as partes teriam obtido se as informações tivessem sido devidamente compartilhadas pelos contratantes, fundamentalmente quanto aos deveres de conduta das partes. O mesmo se diga quanto às normas supletivas, que, embora não sejam cogentes, nem por isso deixam de almejar o mesmo fim das normas imperativas.[6]

A respeito das normas supletivas cumpre transcrever as palavras de Neubarth Trindade (2013, p. 80, grifos nossos):

> Vale retomar, nesse aspecto, a distinção apresentada por Fernando Araujo quanto às **normas supletivas majoritárias e penalizadoras**. As *majoritarian default* compreendem aquelas normas que prevêem uma solução que deveria corresponder à solução majoritária, ou a solução que as partes, presumidamente, chegariam após negociações custosas e demoradas. Já as *penalty default*, as quais objetivam o nivelamento informativo das partes contratantes, deveriam induzir a parte mais informada a revelar as suas informações privadas relevantes, evitando a ocorrência de subespécie de falhas de mercado como a seleção adversa e o risco moral, ambas oriundas da assimetria informacional.

Assim, vê-se que instrumentos normativos imperativos e supletivos permitem a correção de rumos de contrato com problemas de eficiência decorrentes de informações assimétricas. O Estado, nesse ponto, intervém para orientar a relação das partes, de modo a atingir o reequilíbrio das forcas econômicas bem como do nível informacional entre as partes.

---

[6] Importante destacar a diferenciação entre normas imperativas e normas supletivas. Há intrínseco caráter cogente nas normas imperativas, enquanto existe natureza dispositiva, abdicativa, nas normas supletivas. Estão presentes nos diversos níveis normativos, desde a constituição até leis esparsas. São exemplos de normas imperativas, entre outras:
Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.
Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Dito isso, verifica-se, portanto, que estudos de AED constataram que as partes, ao contratar, possuem uma racionalidade limitada e, assim, ao contrário do que se pensava, não dispõem de todas as informações necessárias para ponderar, com eficiência, o binômio *custos X benefícios*. E mais: as próprias informações não estariam equilibradamente distribuídas pelas partes contratantes. Logo, há a constatação de que há, no mercado, um fenômeno inafastável chamado pela AED de ***assimetria de informações***, ou ***informações assimétricas***. Como consequência, portanto, alteram-se as premissas de mercado e, nessa linha, as premissas contratuais. Não há, do ponto de vista informacional, completude entre as partes, seja por não disporem de todas as variáveis suscetíveis ao contrato, seja porque as próprias informações disponíveis estão, em certa medida, desequilibradas entre os contratantes.

Nesse contexto, e certo que há nos contratos assimetria de informações, surge, igualmente, a tênue linha divisória entre o que seja comportamento oportunista por parte daquele que detém informação não compartilhada pela outra parte e aquilo que seja informação privada, lícita e utilizada como incentivo à contratação.

A casuística irá definir tal diferenciação, podendo-se exemplificar, nesse contexto, que a dependência econômica entre contraentes é fator a regular, com maior rigidez, as informações entre as partes e, assim, inibir comportamentos oportunistas deletérios ao contrato.

Ainda, a existência de normas imperativas e supletivas nos contratos incompletos tenderá a reduzir ou afastar a assimetria de informações nos contratos, conforme exposto anteriormente, de modo que a sua inserção em contratos incompletos viabilizaria que estes, ainda assim, dispusessem de meios a superar o desequilíbrio informacional entre as partes, e, assim, obter-se-iam trocas ótimas de bens e serviços.

2 Custos de transação

A análise dos custos de transação é, à semelhança da assimetria de informações, relevante contribuição feita pelos economistas, através da AED, à teoria dos contratos empresariais. Nesse sentido, Sztajn (2004, p. 283, grifos nossos), abordando os contratos de sociedade à luz da AED, aludiu que "Governança e oportunismo, **custos de transação e assimetria de informações** são pilares sobre os quais os economistas edificam a discussão da incompletude contratual e todos estão presentes no negócio de sociedade".

Como visto, a incompletude contratual pode resultar de um inacabamento involuntário decorrente da assimetria informacional. Haverá, nesse caso, uma incompletude informacional entre as partes, a qual implicará incompletude de estrutura do vínculo contratual. Essa incompletude, ademais, será involuntária, como dito, pois decorrente de falhas de racionalidade das partes.

Ao lado disso, pode-se apontar, também, uma incompletude consciente, decorrente da ponderação racional das partes entre *custos X benefícios* ao se investigar todas as variáveis do negócio a ser celebrado. Nesse contexto, portanto, ao invés de um suposto contrato completo, que inexoravelmente implicaria aumento de custos quando da busca de dita completude, opta-se por ***contrato incompleto***, permitindo-se através de uma integração pelas partes (e por terceiro julgador) com o uso de normas imperativas e supletivas, ou através de modelos contratuais específicos (contratos de longa duração), a solução de controvérsias por ventura existentes ao longo do vínculo que não foram previstas anteriormente ou posteriormente (e que nem por isso deixarão de ser eficazmente solucionadas).

Nesse exato sentido são as palavras de Araújo (2007, p. 156, grifos nossos):

> Altura de assinalarmos algo que porventura ficou já subentendido: que o conceito de inacabamento contratual tem conotações bem distintas para o Direito e para a Economia. Em termos jurídicos, trata-se geralmente de um mal, a insuficiente especificação das obrigações emergentes do contrato, com tendência a repercutir em níveis socialmente indesejáveis de litigiosidade e de litigância. O sentido económico engloba naturalmente esse sentido jurídico, acrescentando-lhe ao menos dois outros:
>
> - **o do inacabamento *deliberado* ou estratégico** (aquele que honestamente visa alcançar um nível óptimo de completamento ou aquele que maliciosamente visa deixar interstícios no clausulado para serem explorados *ex post*) – também por vezes designado como inacabamento contratual *endógeno*;
>
> - **o do inacabamento estrutural, ou seja, aquela margem inerradicável de incerteza que sempre acompanha as relações contratuais não-instantâneas, e que seria fisicamente impossível ou economicamente impraticável tentar resolver** (aquilo que o próprio Direito acaba por reconhecer ao admitir para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situações de

> alteração das circunstâncias e de impossibilidade superveniente).

Há, como visto, uma escolha deliberada e consciente das partes em não clausular todos os aspectos do negócio, pois o custo em se investigar e regular extensamente o vínculo diminui a eficiência do negócio, na medida em que desequilibra o binômio *custos* X *benefícios.*

A origem da expressão custos de transação repousa no célebre artigo de Ronald Coase denominado *The problem of Social Coast*, publicado em 1960, no *Journal of Law and Economics*, vol. 3, o qual passou a ser conhecido como "Teorema de Coase". Anteriormente, em 1937, Coase já teria abordado os custos de transação no igualmente célebre artigo *The Nature of de Firm*, sem usar, porém, naquela oportunidade, tal expressão.

Embora tenha abordado de forma pioneira a ideia de custos de transação, Coase não os conceituou como sói fazer aquele que pretende delimitar, academicamente, determinado instituto eventualmente revelado. Diferentemente disso, Coase buscou abordar algo que estaria a interferir no funcionamento eficiente do mercado sem, contudo, impor rigor conceitual.

Em apertada síntese, Coase propôs que, em um sistema de mercado com custo zero e direitos de propriedade bem definidos, as partes sempre conseguirão a melhor alocação de recurso, traduzindo essa negociação em máxima eficiência e satisfação de bem-estar das partes, não importando a disposição legal ao caso.[7]

Na abordagem contratual, pois, buscando-se aproximar de uma definição do que sejam custos de transação, pode-se dizer que são os custos que as partes inevitavelmente suportam ao pretender contratar, os quais não se confundem com o adimplemento propriamente dito (prestação obrigacional). Nas precisas palavras de Sztajn (2004, p. 284, grifos nossos), custos de transação são

> **aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custos de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercados; a análise comparativa de pre-**

[7] Para uma melhor compreensão acerca do Teorema de Coase, ver Klein (2011, p. 71/77).

> **ço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança quanto ao adimplemento da operação pelas partes; a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo; eventuais garantias que sejam requeridas na hipótese de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito; a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas as tratativas e eventos possíveis que possam afetar as prestações respectivas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes. Compreende, portanto, todos os esforços, cuidados e o tempo gasto entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação e cumprimento satisfatório de todas as obrigações assumidas pelos contratantes**.

Araújo (2007, p. 151, grifos nossos), ao seu turno, explicita:

> Numa abordagem teórica, **o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente [*sic*] os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reações tutelares adequadas. Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo**, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter um impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo.

Com efeito, em se tratando de contratos empresariais, a escolha das partes em se clausular de forma completa ou incompleta[8] o vínculo certamente trará diferentes consequências. Um contrato incompleto será mais flexível às variáveis que por ventura surjam no negócio, mas poderá expor as partes a maiores riscos. De outro lado, contratos completos apresentam diminuição de risco e menor flexibilidade, o que ocorrerá, contudo, através de inevitável aumento de custos de transação.

[8] As expressões completa ou incompleta são utilizadas, aqui, como sinônimos de maior ou menor extensão de cláusulas contratuais, de previsão de riscos, de formas a contornar o inadimplemento, de deveres de conduta das partes, de situações de controle e ajuste de preço, etc.

Considerando que custos sempre existiram e que tal realidade sempre foi conhecida por quem participou do mercado, incluindo, obviamente, os contratualistas, indaga-se por que motivo os custos de transação passaram, agora, a partir da segunda metade do século passado, a ter relevância destacada no estudo da teoria geral dos contratos. E mais: em que medida mudaram as concepções até então existentes?

Como resposta, pode-se enunciar que a AED trouxe ao direito contratual empresarial uma ponderação de escolhas até então inexistente; uma reflexão sobre eficiência e benefícios (em se clausular determinadas situações) que anteriormente não interessava aos contratualistas. Muda-se, assim, substancialmente, a forma de contratar, pois o processo de escolhas das partes passa a receber, nesse contexto, aprofundamento científico pelos operadores do direito e economia, com a constatação de que contratos incompletos, à luz da AED, passam a ser, nessa linha, um ferramental eficiente para troca de bens e serviços.

Nesse ponto, portanto, responde-se à segunda indagação: os contratos incompletos passam a representar uma modalidade contratual quando celebrados e executados através de baixos custos de transação, contornando-se assim eventuais problemas de assimetria de informações e de racionalidade limitada das partes, mediante a utilização de normas imperativas e supletivas, bem como com a utilização de contratos de longa duração. Logo, ao contrário do que se preconizava, a lacunosidade em determinados tipos de contrato passa a ser um ganho, e não uma perda – e uma escolha estratégica, não uma consequência aleatória de comportamento omissivo.

2. 1 Normas supletivas e contratos de adesão

Assim como abordado quando da análise da assimetria informacional, a utilização de normas supletivas no direito contratual serve ao fim de minimizar os custos de transação e, assim, atingir-se a eficiência posterior à formação do vínculo, ou seja, após a instauração do vínculo. Tal cenário surge especialmente quando não houver previsões contratuais específicas ou quando estas não forem suficientes para solução dos impasses eventualmente existentes a partir da nova realidade posta aos contratantes.

Exemplo disso é a cláusula que invoca a teoria da imprevisão, disposta no art. 317 do código civil.[9]

[9] "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderáì o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

A doutrina já consagrou, em sua maioria, que o motivo a justificar a teoria da imprevisão pode ser imprevisível ou de efeitos imprevisíveis.[10] De qualquer sorte, há problema de racionalidade entre as partes no nascimento do vínculo, que não puderam antever fatos imprevisíveis ou fatos previsíveis mas de consequências imprevisíveis. E, nesse contexto, os custos de transação incidiriam quando as partes tentassem adotar medidas para contornar tal problemática, imprevisível ou de consequências imprevisíveis.

É sob esse contexto, portanto, que a norma suprarreferida vem a minimizar os custos das partes, pois, em vez de estas obrigarem-se a buscar mecanismos para supressão da contingência, desde já se opta por restabelecer o equilíbrio das prestações das partes.

Vê-se, com isso, que será mediante o uso de normas jurídicas, também, que haverá soluções suficientes a atingir a eficiência contratual (no caso, eficiência *ex post*, ou seja, aferida após a instauração da crise contratual), superando-se, assim, os problemas decorrentes dos custos de transação.

Ainda acerca das normas supletivas e da possibilidade de disposição pelas partes, para o fim de redução de custos, insta referir a lição de Araújo (2008, p. 139, grifos nossos):

> Ambas as partes preferem que o contrato tenha condições eficientes, e não ineficientes. De modo semelhante, ambas as partes preferem condições supletivas eficientes, e não ineficientes. **Quando a lei fornece condições supletivas preferidas por ambas as partes, elas podem omitir essas condições do contrato. Omitindo essas condições do contrato, as partes podem se concentrar na negociação de outras condições. Quanto menor for o número de condições que exigem uma negociação, tanto mais barato será o processo contratual. Portanto, a lei pode poupar dinheiro para as partes contratantes fornecendo condições supletivas eficientes para preencher lacunas existentes nos contratos**.

Ainda cabe referir o papel dos contratos de adesão como mecanismo à redução de custos de transação.

Com efeito, ao padronizarem-se determinadas cláusulas contratuais, de modo a estabelecer tratamento uniforme a todos

[10] Enunciado 17 da I Jornada de Direito Civil do CJF: Art. 317: a interpretação da expressão "motivos imprevisíveis" constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.

aqueles que venham a contrair vínculo específico, inexoravelmente se reduzem custos de transação, notadamente aqueles referentes à discussão dos termos ajustados. Há uma compensação pela perda da amplitude negocial pela parte aderente. Contudo, por outro lado, ganha-se em redução de custos, pois otimiza-se, fundamentalmente, tempo. O contrato padronizado, nesse contexto, permite diminuição dos custos de negociação, porquanto não havendo o que barganhar não há o que negociar.

A análise feita, nessa ótica, é referente aos custos de transação, não importando a perda de liberdade de disposição sobre a cláusula de adesão. A liberdade de contratar, como visto, não é absoluta e, há muito tempo, perdeu a força que lhe era originária dos códigos oitocentistas. Fatores outros já arrefeceram a sua força, como função social do contrato, princípios impositivos como a boa-fé, entre outros. Logo, ao se sustentar a eficiência econômica de cláusulas de adesão ante a redução de custos de transação, não se está fazendo nada mais do que apontar nova situação de flexibilização da liberdade de contratar, contudo sob o viés econômico.

A respeito da relação estabelecida entre custos de transação e contratos de adesão, importa transcrever a lição de Neubarth Trindade (2013, p. 159, grifos nossos):

> Contudo, ainda que nesse contexto a característica da tipificação unilateral seja mais marcante, aqui se enfoca apenas contratos por adesão e suas CCG, unicamente, como instrumentos contratuais nos quais a liberdade de estabelecer o conteúdo seja drasticamente reduzida, dando ênfase apenas ao aspecto da restrição de direitos; mas admite-se que se trata de importantes instrumentos para as trocas contemporâneas, sem os quais, em muitos casos, os custos de negociação e, por consequência, os custos de transação seriam, em muitos casos (considerando-se os bens em questão, principalmente bens de consumo), elevados demais ou mesmo maiores que os excedentes gerados, desestimulando a própria realização das trocas, de modo, portanto, a reduzir, respectivamente, tanto a eficiência econômica quanto o bem-estar.

Não se ignora, ademais, que os contratos de adesão, em virtude de possuírem restrições à liberdade contratual, possam, eventualmente, representar abuso por parte do proponente ao aderente, seja em razão da assimetria de informações, seja diante da racionalidade limitada do aderente ou, até mesmo, de comportamentos oportunistas do proponente.

Porém, como restou assente, desde que combatidos os excessos, expurgados os comportamentos oportunistas e fiscalizados os

deveres obrigacionais impostos pela boa-fé (atentando-se a maior ou menor incidência, a depender da natureza das partes celebrantes), os contratos de adesão poderão contrabalancear os aspectos nefastos da adesão, na medida em que, por outro lado, apresentam redução de custos de transação e ofertam, assim, eficiência econômica às partes.

2. 2 Contratos relacionais

Já se constatou, portanto, que os contratos incompletos são uma realidade e uma alternativa aos custos de transação incidentes sobre a avença, sendo diretamente proporcional, nesse contexto, a relação *custos X cláusulas/definição de termos contratuais.*

O dogma da completude contratual restou afastado, assim, mediante a constatação de que, ao contratar, as partes possuem custos, que não se confundem com os custos da própria obrigação. A contratação de advogados/especialistas técnicos, a investigação sobre os bens e produtos a se negociar, a ponderação sobre local e forma de pagamento, entre outros fatores, geram custos ao contratante. E, quanto maior o interesse da parte em aprofundar ou abordar com maior precisão/complexidade os aspectos ora enunciados, maior será o seu custo. Logo, a vantagem de que um contrato completo possui, em tese, menos riscos não afasta, por outro lado, a constatação inexorável de que ele será mais custoso para as partes.

Assim, ganham relevo, no estudo dos contratos incompletos, os chamados contratos relacionais, pois apresentam-se como ferramental à incompletude contratual. O tema contratos relacionais é extremamente instigante e possui informações suficientes para ensejar, isoladamente, trabalho acadêmico. Logo, tendo em vista os limites desta publicação, passaremos aos principais aspectos dessa modalidade contratual, vinculando-a à teoria dos contratos incompletos.

Com efeito, os contratos relacionais são classificados como contratos de longa duração, uma vez que projetam no futuro relações contínuas e duradouras, com flexibilização e abertura de debate quanto aos termos das prestações exigíveis, clausulando-se, em contrapartida, esse processo de negociação e renegociação futura.[11]

[11] São exemplos de contratos relacionais os contratos de massa, como contratos de planos de saúde, contratos de previdência privada, contratos de seguro, contratos bancários, entre outros. Em todos eles a prestação se prolonga no tempo, sendo a obrigação envolta na assunção de riscos futuros, não sendo possível prever todos os elementos do contrato *ex ante*. São contratos

Contrato relacional, por se tratar de contrato de longa duração, projetado no tempo, permite às partes não reduzir termos e obrigações futuras desde já. De forma objetiva, os contratantes admitem que a definição das obrigações *ex ante* não é medida recomendável, por incluir, dentre alguns aspectos negativos, ausência de racionalidade e de informações e custos de transação. Como alternativa, clausulam-se obrigações de atuação, processos de cooperação e ajuste para cumprimentos de prestações futuras.

A respeito disso cabe transcrever os ensinamentos de Macneil (2009, p. 10, grifos nossos), principal autor atinente aos contratos relacionais:

> O contrato descontínuo é aquele em que não existe relação entre as partes além da simples troca de bens. Seu paradigma é a negociação da microeconomia neoclássica. Porém, como se verá, todo contrato, mesmo essa negociação teórica, envolve relações além da própria troca de bens. Assim todo contrato é necessariamente em parte um contrato relacional, isso é, envolve relações além de uma troca isolada.
>
> **As diferenças entre contrato descontínuo, de um lado, e dois tipos de contratos relacionais, de outro, serão exploradas nessa seção. O primeiro tipo de contrato relacional inclui todo o comportamento de troca entretecido de uma comunidade primitiva. Tal comunidade goza de uma economia independente com relativamente pouca especialização, estabilidade relativa e pouca mudança essencial. O outro tipo de relação é a relação contratual moderna, interligada de modo intrincado com uma sociedade maior de grande complexidade, envolvendo especializações extremamente elaboradas, e sujeitas a mudanças constantes**.

Conforme ensina Lorenzetti (1998, p. 68-69), há uma "desmaterialização do objeto contratual, pois não se trata de bens ou coisas, mas sim regras de procedimento de atuação, fazendo com que ao longo do processo de cumprimento do contrato estas regras se adaptem".

O programa obrigacional nos contratos relacionais tenderá, nessa linha, a assumir um caráter processual, por dispor de forma contínua sobre a execução das obrigações no decorrer do curso do

relacionais ante a existência de prestação contínua no tempo, a qual poderá ser modificada, e, por isso, são exigidos deveres comportamentais das partes.

contrato. Nesse diapasão, nada mais lógico que as relações sejam contínuas e duradouras, não instantâneas. Não se aplicam institutos e normas de direito contratual de execução imediata, principalmente aqueles atinentes ao adimplemento.

A respeito disso, transcreve-se a lição de Lobo (2011, p. 113, grifos nossos):

> **É usual certo grau de incerteza sobre as obrigações das partes em virtude das vicissitudes do tempo. Nestes contratos há razoável expectativa de que o contrato perdure por anos ou mesmo até o fim da vida de uma das partes contratantes, impondo-se a consideração da vulnerabilidade de quem dele se utiliza e o permanente ajustamento da equivalência material**.

A boa-fé novamente terá papel relevante dentro dos contratos de longa duração, pois a incompletude será integrada, muitas vezes, pela determinação comportamental prevista nos meandros do referido princípio. Os deveres de lealdade, cooperação e informação, para situações *ex post*, serão oriundos do princípio em referência, de modo a contornar a lacunosidade proposital das partes ao se celebrar, na origem, contratos incompletos. Os contratos relacionais pressupõem que a relação contratual deva permitir mudanças de circunstâncias, para somente assim subsistir, sendo a relação pautada por deveres de conduta, como confiança, cooperação e, acima de tudo, solidariedade.

Nesse sentido são novamente as palavras de Macneil (2009, p. 64/65, grifos nossos), que assim dispôs:

> A próxima norma relacional, a preservação da relação, constitui uma intensificação e expansão da norma de solidariedade contratual. Negociações descontínuas se autodestroem rapidamente em virtude do cumprimento (*performance*), e se espera que sejam substituídas por outras negociações descontínuas. **Porém, o caráter contínuo das relações é tal que a preservação da relação se torna uma norma**. Esta norma é contingente, no sentido de que cessa de operar sempre que as forças prevalentes, em uma relação ou sobre ela, levam ao término. Algumas vezes isso ocorre porque desde o início se esperava que a relação tivesse uma vida finita; por exemplo, um consórcio comercial para uma única tarefa. Outras vezes, como o caso do colapso financeiro de uma empresa, ocorre porque a relação já não é mais viável no mundo mais amplo. Ou pode ocorrer simplesmente porque os participantes já não mais desejam continuá-la. Como no caso de um divórcio. Mas geralmente se espera que as relações

contratuais continuem indefinidamente, e na verdade o fazem.

Vê-se, nesse contexto, que a incompletude não inviabiliza a formação e execução de vínculos, os quais deverão ser de longa duração, sob a forma relacional. Os contratos relacionais, como visto, têm o seu êxito assentado na incompletude estratégica e na solidariedade e cooperação entre as partes, mediante cláusulas voltadas ao processo de renegociação, integração e solução de controvérsias, sem a imposição cogente e apriorística de conduta às partes.

Conclusão

A teoria clássica contratual pressupunha que as partes, sendo livres para negociar e possuindo racionalidade ilimitada, obtinham eficiência ótima nos negócios celebrados. Havia, nesse contexto, informações disponíveis a todos, em mesmo grau de amplitude e intensidade, o que conduzia, ao fim e ao cabo, a um custo zero. Não havia aquilo que a AED veio a arguir, posteriormente, como assimetria informacional e custos de transação. Ainda, havia a crença de que contrato eficiente era aquele exaustivamente instituído, já que as partes, detendo amplos conhecimentos, poderiam prever situações ótimas *ex ante* e *ex post*.

Contudo, a partir da metade do século passado tal modelo passou a ser profundamente questionado pela AED, através da abordagem acerca da assimetria de informações, dos custos de transação e, sobretudo, da eficiência do que se convencionou chamar de contratos incompletos.[12]

Constatou-se, em síntese, através da AED, que as partes possuíam informações assimétricas quando da elaboração do negócio e que, diante da racionalidade limitada de que dispunham, não eram aptas a prever todas as circunstâncias negociais, fossem elas anteriores ou posteriores à formação do contrato. Logo, ao contrário do que se supunha pela teoria clássica, não haveria plena igualdade material entre os celebrantes e tampouco detinham eles plenitude informacional sobre a troca de bens e serviços a ser realizada.

[12] A jurisprudência nacional já vem fundamentando decisões com base na AED. Nesse sentido, importante a leitura dos seguintes arestos: STJ, REsp. 1.163.283 – RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; TJRS, AC 70051118800, 20ª CC, Rel. Des. Rubem Duarte; 1ª Vara da Faz. Pública do Rio de Janeiro/RJ, MS 0346273342015819001, Juiz Bruno Vinícius da Rós Bodart.

Além disso, a AED apurou, ainda, que a completude contratual conduziria a incremento de custos de transação, reduzindo a eficiência econômica do negócio, porquanto desequilibraria o binômio *custos X benefícios*. Com efeito, as partes tenderiam a absorver mais custos quanto maior o número de cláusulas que pretendessem dispor e quanto maior o número de informações que pretendessem dominar, no desiderato de as inserir no contrato através de cláusulas contratuais.

Logo, a assimetria de informações existente entre as partes acerca do objeto a ser contratado bem como acerca de eventual comportamento da contraparte levou à constatação de que haveria incompletude informacional inasfatável entre as partes, o que muitas vezes poderia, inclusive, levar a comportamentos oportunistas que, nessa linha, implicariam desvios de boa-fé obrigacional, notadamente deveres de cooperação e lealdade. Ainda, os custos de transação igualmente existentes quando da celebração de qualquer negócio conduziram à conclusão, segundo a AED, de que contratos incompletos tenderiam a otimizar os benefícios da contratação, pois reduziriam, sobretudo, ônus às partes.

Em linha evolutiva, aferiu-se a existência de instrumentos contratuais e legais aptos a contornar os supostos problemas existentes nos contratos incompletos, notadamente aqueles atinentes à integração e ao preenchimento de lacunas propositadamente abertas quando da celebração do vínculo pelas partes, seja como decorrência da assimetria de informações, seja para redução de custos de informação.

O princípio da boa-fé, nesse contexto, apresenta-se como norma a orientar as partes quando da execução do vínculo (em verdade, trata-se de princípio que orienta as partes na fase pré-contratual, na execução do vínculo, e na fase pós-contratual). Como visto, em se tratando de contratos empresariais, a leitura que se impõe ao referido princípio é diversa daquela existente no direito civil. Contudo, sua imposição é incontroversa, e nos contratos incompletos, nos quais há uma incompletude estratégica, atuará como orientador das condutas das partes, em especial frente a situações não previstas ou que surjam de maneira diversa daquela instituída pelas partes quando da celebração do negócio. Além disso, pautará as partes a impedir comportamentos oportunistas, os quais poderão surgir tendo como fator de origem a assimetria de informações entre as partes.

Da mesma forma, normas supletivas auxiliarão as partes a superar eventuais obstáculos para o caso de contratos incompletos. No ponto, refere-se a norma insculpida no art. 317 do Códi-

go Civil, capaz de ofertar às partes a revisão do vínculo no caso de acontecimentos imprevisíveis ou de motivos imprevisíveis.

Por fim, os contratos de longa duração, em especial os contratos relacionais, permitiriam também a superação de entraves criados pela lacunosidade estrutural do vínculo. Com efeito, sendo os contratos relacionais aqueles que projetam relações contínuas e duradouras no futuro, com flexibilização e abertura de debate quanto aos termos das prestações exigíveis, clausulando-se, em contrapartida, o processo de negociação e renegociação futura, abrem-se mecanismos de integração comportamental, superando-se a incompletude estratégica posta quando da formação do vínculo pelas partes.

Referências

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Uma análise económica dos contratos** – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais, em Direito e Economia. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. Traducion Eduardo L. Suarez. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1999.

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In*: PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla; KLEIN, Vinicius. (Coord.). **O que é análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.

KLEIN, Vinícius. Teorema de Coase. *In*: PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla; KLEIN, Vinicius. (Coord.). **O que é análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71-77.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistemica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 51-78, out.-dez. 1998.

LUPION, Ricardo Garcia. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo. **Direito Contratual como redutor das falhas de mercado**. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla. Racionalidade Limitada. *In*: PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla; KLEIN, Vinicius. (Coord.). **O que é análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63-69.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-61.

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 99, p. 283-302, 2004.

Sanções políticas tributárias contra o contribuinte inadimplente

Maurílio Galvão da Silva Júnior
Advogado da CAIXA em Rondônia
Pós-graduado em Direito Tributário
Pós-graduado em Direito Civil

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo encontrar um enquadramento jurídico que possa identificar e obstar a sanção política tributária, propiciando elementos técnicos para uso em defesas judiciais ou administrativas contra a Fazenda Pública, quando esta compele o contribuinte inadimplente ao efetivo pagamento do tributo ou ao cumprimento de uma obrigação acessória, utilizando-se, para tanto, das chamadas sanções políticas.

Palavras-chave: Sanções políticas. Contribuinte inadimplente. Direito tributário. Vedação constitucional.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo encontrar un marco legal que puede identificar y prevenir la sanción política tributaria, proporcionando elementos técnicos para su uso en las defensas judiciales o administrativas contra la Hacienda Pública, cuando se obliga al contribuyente en mora con el pago efectivo del impuesto o el cumplimiento de una obligación accesoria, utilizando, para ello, pide sanciones políticas.

Palabras clave: Políticas de sanciones. Contribuyente moroso. Derecho Fiscal. Sello Constitucional.

Introdução

O tema proposto pertence à área tributária e visa elucidar até que ponto seria ou não constitucional a imposição de restrições e impedimentos aos contribuintes inadimplentes, com a finalidade de compeli-los ao pagamento de tributos, abordando o que a doutrina e jurisprudência denominam de *sanções políticas*. Esta é a questão da pesquisa: pode a Fazenda Pública utilizar-se de sanções políticas contra o contribuinte inadimplente?

A pesquisa se propõe, de forma ampla, a encontrar um enquadramento jurídico que possa identificar e obstar a sanção política tributária, propiciando elementos técnicos para uso em defesas judiciais ou administrativas contra a Fazenda Pública, quando esta compele o contribuinte inadimplente ao efetivo pagamento do tributo ou ao cumprimento de uma obrigação acessória, utilizando-se, para tanto, das chamadas sanções políticas.

De forma específica, o estudo tem como objetivo expor o conceito de sanção política, esclarecendo se há ou não respaldo na Constituição Federal de 1988, bem como nas principais produções legislativas nacionais, sem, contudo, olvidar-se de abordar o entendimento jurisprudencial pátrio.

Assim, discorrer sobre o uso de sanções políticas contra o contribuinte inadimplente, esclarecendo o que são essas sanções, indicando exemplos e abordando a possibilidade ou impossibilidade do seu uso por parte da Fazenda Pública, possibilitará melhor compreensão sobre as diversas formas de restrições a direitos do contribuinte à luz do ordenamento jurídico pátrio.

1 Sanção tributária

Inicialmente, cumpre esclarecer o conceito de sanção tributária, para que, a partir disso, possa-se diferenciá-la da sanção política tributária.

Pois bem, em direito tributário a sanção constitui-se em repreenda ao comportamento do contribuinte em descompasso com o previsto nas normas cogentes.

A lavratura de autos de infrações e a pertinente aplicação de multas são exemplos dessa exação estatal, sendo formas de desestimular atitudes ilícitas de certos contribuintes.

O Código Tributário Nacional (CTN), por intermédio de seu artigo 113, § 3º, prevê sanções por infrações formais, estipulando que a obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Assim, em tese, as sanções tributárias previstas em lei são passíveis de aplicação ao contribuinte inadimplente, mas o mesmo não ocorre em relação às sanções políticas tributárias.

2 Sanções políticas tributárias

Sanções políticas tributárias são as restrições e impedimentos impostos aos contribuintes com a finalidade de compeli-los ao pagamento de tributos, sem, contudo, haver prévio proces-

so, seja judicial ou administrativo, que garanta ao contribuinte o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

Veja-se que a Fazenda Pública, na prática, utiliza-se de forma coercitiva oblíqua de cobrança dos débitos fiscais, limitando por vezes direitos de propriedade, o livre exercício da atividade econômica ou a liberdade de trabalho, sendo exemplos dessas sanções a interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, a negativa de fornecimento de autorização para impressão de notas fiscais, a retenção de veículos automotores por ausência de pagamento de IPVA, o protesto de certidão de dívida ativa (CDA), entre outros.

Nesse cenário arbitrário restaria o contribuinte tolhido do direito de tomar ciência dos termos da imputação do débito fiscal e sem a possibilidade de se contrapor à referida exigência, a qual lhe é imposta sumariamente.

Observe-se que o Fisco, ao utilizar-se de tais sanções políticas, acaba não se submetendo ao rito da execução fiscal – meio próprio para executar seus créditos tributários, fomentando condição para que o contribuinte possa rebelar-se contra essa exação na via judiciária.

A seguir evidenciar-se-á se existe ou não respaldo constitucional para essa prática estatal, sem, contudo, olvidar-se de colher os ensinamentos doutrinários sobre a questão.

3 Sanção política tributária à luz da Constituição Federal

Buscando-se elementos capazes de repelir a atitude da Fazenda Pública e analisando-se a sanção política à luz da Constituição Federal (CF), percebe-se não ter havido amparo pelo legislador constituinte. Explica-se.

A Constituição visou garantir o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, em seu artigo 5º, inciso XIII, bem como a liberdade do exercício de atividade econômica, vide artigo 170, parágrafo único, não se amoldando o exercício da sanção política tributária nesse contexto.

A bem da verdade, quando se analisa o procedimento de invasão a direitos, como, por exemplo, da propriedade (nas retenções de veículos por ausência do pagamento de imposto), percebe-se que a sanção expropria bens e direitos, sem que para isso se submeta previamente ao crivo do Judiciário, em perfeita desarmonia com as garantias constitucionais, a exemplo da inviolabilidade da propriedade – artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal –, sem o devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF) e o respeito à presunção de inocência inserta no seu inciso LVII.

Os referidos argumentos são de suma importância para um debate na via judicial, pois o Poder de Tributar encontra limites na própria Constituição Federal.

Mas realça-se que, apesar de ser inconstitucional qualquer ensaio ou efetividade de sanção política tributária pela Fazenda Pública, esta não restaria prejudicada na busca das satisfações de seus créditos e obrigações acessórias, pois dispõe da via executiva da Lei nº 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal –, podendo propor diretamente a ação executiva fiscal ou até mesmo a medida cautelar fiscal.

4 A visão da Fazenda Pública sobre o tema

A Fazenda Pública, em sua defesa, sustenta a tese de conduta necessária à manutenção das benesses da vida no Estado. Veja-se o raciocínio desse argumento a seguir.

Até um tempo atrás, pensava-se a tributação como um mal necessário, até que começou-se a trabalhar com a ideia de que pagar tributo é o que viabiliza a vida civilizada, em que o tributo seria o 'preço' de se viver em sociedade.

O tributo, portanto, é um bem e não um mal individual. A tributação, nesse aspecto, faria parte da vida, na qual se exige do Estado a materialização dos direitos fundamentais – escolas para efetivar o direito à educação, hospitais para o direito à saúde etc.

Contudo, para que o Estado garanta esses benefícios da vida em sociedade é preciso que haja recursos financeiros, o que, em grande parte, advém da arrecadação tributária. Em resumo, ter recursos é um pressuposto para se garantir a universalização de políticas sociais.

Nessa visão arrecadatória, ter esses benefícios seria um direito, e pagar tributo, um dever. Logo, ambos estariam no mesmo nível de relevância.

Assim, não seria forçoso concluir que a arrecadação tributária seria um interesse não só do Estado, mas de todos aqueles que vivem em sociedade, pois, em tese, quanto mais o Estado arrecadasse, mais benefícios o povo teria.

Dessa forma, após todo esse arrazoado, a Fazenda Pública defende o uso das chamadas sanções políticas tributárias (com a roupagem de "forma alternativa de cobrança"), como forma legítima de exigência do crédito tributário ou obrigação acessória, de forma menos gravosa ao Erário.

É nesse raciocínio fiscal que exsurge a ideia de que, quanto menos a Fazenda Pública despender na busca da satisfação do

seu crédito, mais recursos financeiros poderão ser destinados em benefício a todos.

Como exemplo dessa conduta pode-se citar a Lei nº 19.971, de 27 de dezembro de 2011, do Estado de Minas Gerais, que instituiu formas alternativas de cobrança do crédito tributário estadual, prevendo no § 1º do seu art. 2º o seguinte:

> Art. 2° Fica a Advocacia-Geral do Estado – AGE – autorizada a não ajuizar ação de cobrança judicial de crédito do Estado e de suas autarquias e fundações cujo valor seja inferior a 17.500 Ufemgs (dezessete mil e quinhentas Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais), observados os critérios de eficiência administrativa e de custos de administração e cobrança previstos em regulamento.
>
> § 1° A AGE deverá utilizar meios alternativos de cobrança dos créditos de que trata este artigo, podendo inscrever o nome do devedor no Cadastro Informativo de Inadimplência em relação à Administração Pública do Estado de Minas Gerais – Cadin-MG – ou em qualquer cadastro informativo, público ou privado, de proteção ao crédito, bem como promover o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa.

Nesse passo, o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa, passível de arguição de exemplo de sanção política tributária, constituir-se-ia numa ferramenta eficaz para a redução das ações judiciais, podendo ser utilizado para débitos de pequenos valores, cuja execução fiscal seria muito onerosa para todos, fisco e contribuinte.

Por oportuno, registra-se a existência da Lei Federal nº 9.492/1997, alterada pela de nº 12.767/2012, que incluiu no rol de títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou sobre o assunto, por ocasião do julgamento do REsp 1.126.515, de 16 de dezembro de 2013, afirmando que esse tipo de protesto seria um excelente meio de cobrança extrajudicial, ao tempo que a lei de execução fiscal não vedaria a adoção dessa prática, esclarecendo ao fim que *a inscrição em dívida ativa, que justifica a emissão da CDA, pressupõe a participação do devedor, seja por meio de impugnação e recurso administrativo contra o lançamento de ofício, seja pela entrega de documento de confissão de dívida.*

4.1 O protesto da CDA

Aprofundando o tema do protesto da CDA, o Procurador da Fazenda Nacional Dr. Renato César Guedes Grilo faz rele-

vantes anotações em sua obra *Manual do Procurador da Fazenda Nacional*, a qual, por isso mesmo, é relevante fonte de consulta para compreender como a Fazenda Pública, e, neste caso, a nacional, ocupa-se do assunto. É o que será abordado neste tópico.

Nessa senda, a Fazenda Pública Nacional considera que o protesto constitui meio alternativo para o cumprimento da obrigação, além de representar instrumento para constituir em mora ou comprovar a inadimplência do devedor.

Embasada no citado julgamento do REsp 1.126.515, a Administração Pública Federal coaduna com o entendimento de que a Lei nº 9.492/1997 não disciplina somente o protesto de títulos cambiais, tampouco versa apenas sobre relações de Direito Privado. Também concorda que a natureza bifronte do protesto viabiliza sua utilização, inclusive para a CDA e as decisões judiciais condenatórias transitadas em julgado, não cabendo ao juiz substituir o administrador público na opção política de protestar os créditos públicos: o prestígio à eficiência administrativa na cobrança de valores menores.

Contudo, muito embora o Código de Processo Civil (art. 586, VIII) e a Lei de Execuções Fiscais (6.830/80) atribuam exequibilidade à CDA, compondo o rol dos títulos executivos extrajudiciais apto a viabilizar o ajuizamento da Execução Fiscal – levando à conclusão de que, sob um restrito enfoque, efetivamente não haveria necessidade do protesto –, a Administração Pública, em todas as esferas federativas, vem reiterando sua intenção de adotar o protesto como meio alternativo extrajudicial para buscar a satisfação de sua pretensão creditória, especialmente para dívidas consideradas de pequeno valor, que estão abaixo do custo de movimentação do órgão judicial de cobrança.

No caso da União, segundo estudos realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em ações de execução de dívidas menores do que R$ 21,7 mil dificilmente se consegue recuperar valor igual ou superior ao custo do processo judicial. Dessa forma, a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, estabeleceu:

> Art. 1º Determinar:
>
> I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais); e
>
> II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Assim, na esfera das Dívidas Ativas da União até R$ 20 mil reais, o protesto se revela como um eficaz instrumento para cobrança extrajudicial, tendo em mente que tais débitos não seriam judicialmente perseguidos, por uma questão de eficiência administrativa.

Nesse ponto de vista, o protesto da CDA não seria uma mera escolha entre a via judicial e a extrajudicial, mas em verdade, quando o valor do débito sequer cobre os custos para a movimentação do aparato judicial, esse meio de cobrança não se encontraria franqueado, sob pena de prejudicar a eficiência administrativa.

E é nesse cenário que o protesto surge como um instrumento extrajudicial, tecnicamente eficaz na recuperação das dívidas ativas da União, Estados e Municípios.

Aliado a essa argumentação de eficiência administrativa, o Fisco Nacional sustenta a tese de que a CDA é um título produzido em contraditório, pois não seria resultado de um ato unilateral do Estado, mas sim o resultado de um processo administrativo judicioso, no qual existem instâncias julgadoras das impugnações e recursos dos contribuintes, no caso dos tributos de lançamento de ofício, ou mesmo a efetiva participação do contribuinte, nos casos de confissão de dívida ou em tributos sujeitos a lançamento por homologação ou declaração.

Ademais, sustenta-se que o protesto da CDA encontra arrimo também no *II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo*, o qual, publicado no Diário Oficial da União de 26 de maio de 2009, conclama, entre suas *matérias prioritárias*, o seguinte:

> Anexo "Matérias Prioritárias"
> 2 - Agilidade e efetividade da prestação jurisdicional
> [...]
> 2.11 - Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo.

Por fim, dentro do ponto de vista da Fazenda Pública, o uso do protesto da CDA atenuaria a sobrecarga do Poder Judiciário, igualmente como já o faz o *Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal* (CADIN, Lei nº 10.522/2002), não existindo qualquer impedimento na coexistência de institutos de direito totalmente diversos e inconfundíveis (cobrança extrajudicial e execução fiscal), além de inexistir regra que obrigue apenas ao credor público a utilização de uma única forma de cobrança.

4.2 Matérias de defesa dos contribuintes no protesto da CDA

Como já abordado, a Lei nº 12.767/12 alterou o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/97 e acabou com a falta de previsão legal, autorizando o protesto de certidão de dívida ativa pelo Fisco. A partir de então, a Fazenda Pública se defende dizendo que o protesto da CDA está previsto em lei e é um meio eficaz de arrecadar e de compelir o contribuinte a recolher tributos.

Mesmo assim, a vigência da referida lei não foi suficiente para finalizar a discussão, criando relevantes teses de defesa para o contribuinte protestado. Isso porque pode-se arguir que a Lei nº 12.767 é inconstitucional por ter desrespeitado o processo legislativo. Explica-se.

A lei decorre da conversão da Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, referente à extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e à prestação temporária de serviço sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica. E, sendo assim, não há qualquer relação de afinidade lógica entre a matéria tratada pela medida provisória e o protesto da CDA.

Essa matéria foi incluída durante a tramitação do projeto de lei de conversão no Congresso Nacional, e essa inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória afronta o devido processo legislativo (arts. 59 e 62, da CF) e o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF), já que foram introduzidos elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pelo Presidente da República, que detém, com exclusividade, competência para aferir o caráter de relevância e urgência das matérias que devem ser veiculadas por esse meio.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto aos vícios em matéria de iniciativa legislativa deve ser aplicado à conversão de medida provisória em lei, posto que nos dois casos a conveniência e necessidade são intransferíveis a outros Poderes, de modo que a sua usurpação atenta contra a ordem constitucional, e nem mesmo a sanção por parte do Executivo, ente a quem cabia propor a lei, convalida o vício.

É nesse sentido o entendimento do STF:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE

> ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República). 2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica. 3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal. 4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADI 2113/MG Minas Gerais, Relatora Ministra Carmen Lúcia, j. 04.03.2009, Tribunal Pleno, DJe divulg. 20.08.2009, public. 21.08.2009, grifos nossos).

Se não bastasse, a Lei Complementar nº 95, de 1998 (*Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona*), disciplina em seu artigo 1º e parágrafo único, *in verbis*:

> Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar. Parágrafo único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.

Essa mesma Lei Complementar rege em seu artigo 7º o seguinte:

> Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

> I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;
> II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;
> III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;
> IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subseqüente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa (grifos nossos).

Desse modo, o art. 7º deixa claro os requisitos para formulação de todos os textos legais no país, devendo neles estar indicado "o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação", sem embargo de que "cada lei tratará de um único objeto", bem como de que "a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão".

Sendo assim, é flagrante o vício da lei de conversão da Medida Provisória nº 577/2012, visto que também viola a Lei Complementar nº 95/98. Nesse contexto, repita-se, evidenciada a ilegalidade do processo legislativo que a produziu, padece a Lei nº 12.767/2012 de vício na parte que não cumpre a determinação da Lei Complementar nº 95/98, razão pela qual não há que se falar em possibilidade de protesto da CDA.

Recorda-se que a multicitada Lei nº 12.767 permite o protesto da CDA a todos os entes federativos, o que pode ser na esfera municipal com o ISS ou IPTU, ou estadual com o ICMS ou IPVA ou até federal com exemplos do IPI, PIS, Cofins e Imposto de Renda. Sendo assim, o fundamento da inconstitucionalidade se aplica em todas as esferas e pode ser alegado a todo e qualquer protesto de CDA.

Além disso, a função basilar do protesto é provar a impontualidade e o inadimplemento do devedor, constituindo-o em mora. Já a da CDA, não é constituí-lo em mora, mas executá-lo, pois a Dívida Ativa da Fazenda Pública abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato (art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.830/80), revelando a desnecessidade de realizar o protesto para o fim específico de constituí-lo em mora, sendo a mera ausência do recolhimento na data do vencimento já configuração da mora (art. 202, II, do CTN). Resulta daí que falta interesse do Fisco em protestá-la previamente para poder proceder à execução.

Não há razão para protestar uma CDA a fim de provar o inadimplemento e o descumprimento de dívida se ela por si só

já prova essas mesmas coisas. Não há motivo, portanto, para que a Fazenda Pública, por exemplo, sirva-se do protesto para constituir alguém em mora através da prova da não satisfação de uma dívida líquida, certa e exigível, se a CDA já traz consigo a constatação da mora, razão pela qual só lhe resta executar o devedor, fim precípuo para o qual foi destinada a Certidão da Dívida Ativa, sob pena de desvirtuar a finalidade prevista pela Lei do Protesto. Não há, mais uma vez, interesse em protestá-la, a menos que o pretexto seja outro, no caso a cobrança indireta dos débitos inscritos na CDA. O escopo dos credores não é utilizar o protesto para provar o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida, mas solucionar o conflito de interesses mediante o recebimento do débito. Malgrado o protesto gere, muitas vezes, o pagamento das dívidas, isso não significa que essa seja a sua finalidade, pois não o é por força do art. 1º da Lei nº 9.492/97. Os insucessos e ineficiências das execuções fiscais não podem ser escusas para a prática de ilegalidades, como o desvio de finalidade, sob pena de violar aquela máxima moral que existe no Direito, em contraposição aos pensamentos de Maquiavel: "Os fins não justificam os meios".

Desse modo, não pode ser admitido que em nome da Eficiência (art. 5º, LXXVIII, CF), da Economia Processual (art. 105, CPC c/c o art. 5º, inc. LXXVIII, CF), da Menor Onerosidade ao Devedor (art. 620, CPC) e da Utilidade do Processo de Execução ao Credor (arts. 659, § 2º e 692 do CPC) seja violado o Princípio da Legalidade, primado do Estado de Direito e da harmonia social por intermédio da prática execrável do desvio de finalidade. Se para o particular o Princípio da Legalidade determina que a ele é permitido fazer tudo o que não for defeso em lei, especialmente se servir do protesto como forma de coerção indireta para o pagamento de dívida, o mesmo não se pode afirmar para a Administração Pública Direta e Indireta.

Registra-se que a existência da possibilidade do protesto da CDA sacrifica o contribuinte na relação tributária, pois, a título de exemplo, inviabiliza eventual concessão de financiamento às pessoas físicas protestadas e impede às pessoas jurídicas a participação em processos licitatórios.

Além disso, dificuldades operacionais, como o custo do processo, por parte da Fazenda Pública, e a falta de estrutura do Judiciário não podem servir de justificativa para a criação de mais uma dificuldade para o contribuinte.

Ademais, para a tese da Fazenda de que o protesto de pequenos valores representa uma política administrativa de efici-

ência fiscal, tem-se, em contrapartida, a argumentação de que o contribuinte que já não consegue adimplir esses tributos também não conseguiria contratar um advogado especializado para contestar o protesto judicialmente.

Por derradeiro, além de todos esses argumentos em favor do contribuinte, é importante salientar a questão da incompetência dos tabelionatos de protesto para protestar Certidão de Dívida Ativa sob a luz de dois aspectos: a indelegabilidade da competência de arrecadar tributos a pessoas jurídicas outras que não os entes políticos (art. 7º, *caput*, do CTN) e a certeza de que somente por lei complementar se pode legislar sobre normas gerais em matéria tributária (art. 146, III, b, da CF).

Desse modo, resta demonstrado que a intenção do Poder Público em utilizar o protesto para a CDA não é legítima, na medida em que desvia a finalidade da CDA e ainda é um meio coercitivo desnecessário e injustificado de cobrança.

É assim que o protesto da CDA torna-se abusivo e desnecessário, além de inconstitucional, devendo, dessa forma, ser rechaçado pelo Poder Judiciário.

5 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência segue pelo mesmo caminho apontado pela doutrina.

O Supremo Tribunal Federal (STF) há tempos vem se manifestando contra qualquer forma ou tentativa de se impor a sanção política tributária. Nesse sentido, há entendimentos sumulados do STF que vedam a interdição de estabelecimento e a apreensão de mercadorias como meio coercitivo de cobrança de tributos, além de outras sanções políticas, *in verbis*:

> STF Súmula nº 70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.
>
> STF Súmula nº 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.
>
> STF Súmula nº 547 - Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

O entendimento sumulado nº 70 visou garantir o direito ao exercício da atividade econômica, sendo que o de nº 323 objetivou preservar a propriedade que é do empreendedor, e,

por último, o de nº 547 explicitou a necessidade da livre atividade profissional. Frise-se que todas essas súmulas são manifestação explícita da preocupação do STF em garantir o valor liberdade, pilar dos direitos fundamentais da primeira dimensão.

Ainda quanto ao STF, merece referência o acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 413782/SC, dada sua similitude com o caso em estudo:

> DÉBITO FISCAL - IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS - PROIBIÇÃO - INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa.
> (Tribunal Pleno - Relator Ministro Marco Aurélio - Acórdão de 17 de março de 2005, publicado no DJU de 03 de junho de 2005).

A sanção política implica, portanto, o abandono dos mecanismos previstos no sistema jurídico para apuração e cobrança de créditos tributários (e.g., ação de execução fiscal) em favor de instrumentos oblíquos de coação e indução. Esse aspecto foi registrado pelo eminente Ministro Celso de Mello, em voto-vogal proferido nos autos do RE nº 413.782:

> A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam.
> O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da relação tributária, para, em função deles - e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso.

A orientação firmada pela Corte também invoca o direito fundamental ao exercício profissional e de atividade econômica lícita e rechaça a aplicação de sanções políticas tributárias independentemente da forma que as restrições possam tomar.

Em suma, a Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas, a violação do *substantive due process of law* (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição.

É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo STF não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não razoável.

Assim, o STF, ao julgar o RE nº 550769/RJ no ano de 2013, decidiu de maneira diferente, aplicando o conhecido *distinguishing:*

> A cassação de registro especial para a fabricação e comercialização de cigarros, em virtude de descumprimento de obrigações tributárias por parte da empresa, não constitui sanção política.

Nas palavras do Ministro Eros, o uso da técnica de julgamento denominada *distinguishing* é aplicado quando o caso posto a julgamento apresenta peculiaridades que obstam a reiteração de jurisprudência dominante no tribunal, ou seja, o STF acabou excepcionalizando o caso, não reconhecendo a sanção política tributária nesse particular.

6 Doutrina temática

Consultadas obras de alguns expoentes nomes da doutrina nacional, compilamos a seguir relevantes posicionamentos sobre a matéria em estudo.

Sanções políticas, na clássica definição de Hugo de Brito Machado, são "restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento de tributo" (MACHADO, 1998, p. 46).

São exemplos mais comuns dessas sanções, prossegue o autor,

> a apreensão de mercadorias sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização; a recusa de autorização para imprimir notas fiscais; a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes; a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte; a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros (MACHADO, 1998, p. 46).

De acordo com Germana de Oliveira Moraes, as sanções políticas ferem o princípio da constitucionalidade, porquanto "constituem, à evidência, medidas mais lesivas do que os meios administrativos e judiciais de cobrança dos débitos tributários" (MORAES, 2001, p. 236).

Também Helenilson Cunha Pontes invoca o princípio da proporcionalidade para considerar inconstitucional "grande parte das sanções indiretas ou políticas impostas pelo Estado sobre os sujeitos passivos que se encontrem em estado de impontualidade com seus deveres tributários", argumentando que se o Estado pode realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária com a imposição de sanções menos gravosas e até mais eficazes, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas que podem resultar "em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica" (PONTES, 2000, p. 141/143).

Aliomar Baleeiro igualmente afirma que as sanções políticas representam "apenas abuso e arbítrio, ofensa à impessoalidade e à moralidade administrativa. Verdadeiro excesso na exação, uma vez que muitas dessas medidas trazem prejuízos muito maiores aos contribuintes do que o próprio tributo exigido (devida ou indevidamente)" (BALEEIRO, 2005. p. 987).

Sob prisma diverso, Hugo de Brito Machado afirma que as sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, porque implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Ademais "configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência é ou não legal" (MACHADO, 1998, p. 46/47).

Por fim, registra-se que o advento da já comentada decisão do STF, no bojo do RE nº 550769/RJ, provavelmente acarretará reflexos na produção doutrinária futura.

Conclusão

O objetivo do estudo foi alcançado, pois foi possível observar que as sanções políticas são, em regra, veementemente repelidas pela Doutrina e Jurisprudência do STF e STJ, não encontrando também arrimo na Constituição Federal.

Assim, em caso de restrição ou ameaça a direitos dos contribuintes inadimplentes, sem que sejam respeitadas as garantias constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, e principalmente a presunção de inocência, é perfeitamente possível a discussão dessa atuação do Fisco nas vias administrativas e judiciais.

Também foi possível observar que ao Fisco é disponibilizada a via da Execução Fiscal para a cobrança de seus créditos tributários, não sendo, também por isso, justificável qualquer forma de cobrança indireta ou coercitiva, sem o crivo do Judiciário, ou sem ao menos garantir a ampla defesa.

Por fim, por relevante, cumpre registrar que o STF vem admitindo, de forma bastante restritiva, que o Fisco utilize-se de formas indiretas de exigência do crédito tributário, especialmente em face de grandes devedores contumazes.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Código Tributário Nacional (1966). Código Tributário Nacional de 1966. Lei n. 5.172, de 25 de out. de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de set. de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 set. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.492, de 10 de set. de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.767, de 27 de dez. de 2012. Altera a lei 9.492, de 10 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.126.515-PR. Recurso especial. Processual civil e administrativo. Protesto de CDA. Lei 9.492/1997. Interpretação contextual com a dinâmica moderna das relações sociais e o "II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo". Superação da Jurisprudência do STJ. Recorrente: Município de Londrina. Recorrido: Protenge Engenharia de Projetos e Obras Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 16 dez. 2013. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num _registro=200900420648>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 546. Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 413.782/SC. DÉBITO FISCAL - IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS - PROIBIÇÃO - INSUBSISTÊNCIA. Recorrente: VARIG S/A. Recorrido: Estado de Santa Catariina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de mar. de 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=413782&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 550.769/RJ. CONSTITUCIONAL.

TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO PAGAMENTO DE TRIBUTO. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II. Recorrente: American Virgínia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos Ltda. Recorrido: União. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 22 mai. 2013. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=550769&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10 set. 2014.

GRILO, Renato César Guedes. **Manual do Procurador da Fazenda Nacional.** Salvador: Juspodivm, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 30, p. 44-58, mar. 1998.

MINAS GERAIS. Lei n. 19.971, de 27 de dezembro de 2011. Autoriza o não ajuizamento de execução fiscal, institui formas alternativas de cobrança e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 28 dez 2011. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2011/l19971_2011.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

MORAES, Germana de Oliveira. As sanções políticas em Direito Tributário e o Princípio da Proporcionalidade. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo: Malheiros, n. 82, p. 221-242, 2001.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

A Reserva Mental no Código Civil Brasileiro

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

RESUMO

O artigo tem como objetivo abordar o instituto da reserva mental introduzido no ordenamento civil com o advento do Código Civil de 2002. Para tanto, serão tomados por base estudos elaborados antes de o tema ser positivado na Lei Civil, cotejando-os com os novos paradigmas introduzidos após a queda do ordenamento oitocentista. Buscar-se-á traçar um perfil atualizado da reserva mental, bem como sua natureza jurídica e seus efeitos sobre os negócios jurídicos. Para atingir tal escopo, será examinado o tema à luz da teoria geral do Direito Civil, analisando-se a doutrina e as legislações estrangeiras. Para consolidar as conclusões obtidas, o estudo abordará precedentes jurisprudenciais como forma de auxiliar no entendimento das percepções do Poder Judiciário sobre a reserva mental.

Palavras-chave: Código Civil. Negócios jurídicos. Declaração de vontade. Reserva mental.

RIASSUNTO

L'articolo si propone di affrontare l'istituto riserva mentale introdotte nelle regole civili con l'avvento del "Código Civil de 2002". A questo fine, saranno adottate basano sul studi effettuati prima che la questione diventare positivo in Diritto Civile, confrontandoli con i nuovi paradigmi introdotto dopo la caduta del sistema XIX secolo. Cercherà disegnare un profilo aggiornato di riserva mentale e la sua natura giuridica ei suoi effetti sulla transazioni. Per raggiungere questo scopo, la questione alla luce della teoria generale del diritto civile, la dottrina e la legislazione straniera sarà esaminata. Per consolidare i risultati ottenuti, lo studio affronterà la giurisprudenza, per contribuire alla comprensione delle percezioni della Magistratura.

Parole chiave: Codice Civile. Negozi Giuridici. Dichiarazione di Voluntà. Riserva Mentale.

Introdução

O presente artigo busca aprofundar o estudo sobre os vícios dos negócios jurídicos, de modo especial, o instituto da reserva mental. O primeiro desafio enfrentado é a escassa bibliografia sobre o tema, existindo poucas obras de fôlego e pequenas referências em manuais de Direito Civil. Sobre a Reserva Mental, a melhor referência doutrinária existente é a obra do professor Nery Júnior, produzida na longínqua década de 80.

Ocorre que, embora haja absoluta excelência nesse estudo de Nery Júnior, ele foi elaborado em época que o direito positivo vigente no Brasil não previa a reserva mental. Mas não é apenas por esse motivo que o estudo merece aprofundamento e retoques. Nessa época o nosso ordenamento era norteado pelo Código Civil de 1916, como reflexo de uma codificação oitocentista, e tinha como linha mestra o individualismo burguês sob influência de uma mentalidade patriarcal própria de uma sociedade ainda em fase pré-industrial.

Além do mais, a estrutura do Código de 1916 não se aproveitou das frutíferas inovações da cultura jurídica alemã sobre o negócio jurídico (COELHO, 2003, p. 283), baseando a letra de sua lei na noção de ato jurídico originada na doutrina francesa. Com o advento do Código Civil de 2002, que aplaudiu a contribuição dos pandectistas alemães e incorporou a teoria do negócio jurídico, surge a necessidade de uma releitura dos antigos escritos sobre negócios jurídico e, de modo especial, sobre a reserva mental.

De acordo com os estudos elaborados pelo professor Nery Júnior (1983), a figura da reserva mental constava no artigo 105 do projeto do Código Civil de 1916, mas esse artigo foi eliminado sumariamente pela Comissão Revisora em 7 de maio de 1900 sem qualquer justificação ou debate. Por causa dessa atitude, a matéria somente permaneceu viva graças aos autores que, de quando em vez, referiam-se sobre a reserva mental procurando elucidar alguma contenda surgida quando havia alguma divergência entre a vontade e a declaração.

Mudaram os tempos, e a situação, agora, configura-se de uma maneira diversa. Com a inserção do instituto da reserva mental no artigo 110 no Código Civil de 2002, surgiu a necessidade de traçar o perfil mais preciso desse instituto, bem como da sua natureza jurídica e seus efeitos sobre os negócios jurídicos.

Para atingir tal escopo, a ideia é examinar o tema à luz da teoria geral do direito civil, analisando a doutrina e as legislações estrangeiras sobre a possibilidade de não valer a manifestação de vontade do autor com reserva mental "se o destinatário tinha conhecimento" dela.

Destarte, os objetivos do texto são os de situar a reserva mental dentro da teoria dos negócios jurídicos e de apontar para conclusões que, de modo concreto, possam enriquecer o estudo sobre os negócios jurídicos no redesenhado ordenamento civil.

1 A reserva mental

1.1 Conceito de reserva mental

Existem divergências sobre o contexto histórico em que nasceu o instituto da reserva mental no Direito. Alguns doutrinadores afirmam que a reserva mental teria tido sua origem nos meados da Idade Média por influência dos canonistas como meio de coibir a mentira. Porém, conforme aponta o Ministro José Carlos Moreira Alves, há notícias de que a reserva mental já era discutida no direito romano. Pondera o mestre o entendimento da doutrina romanista, ainda que sem apoio claro nas fontes, de que a reserva mental era irrelevante no direito romano como o é no direito moderno (ALVES, 2003b, p. 119).

No nosso direito pátrio, o fenômeno da reserva mental, embora não disciplinado de modo expresso no Código Civil revogado, sempre foi admitido na doutrina e na jurisprudência. Agora, tendo em vista o artigo 110 do Código Civil de 2002, finalmente ele foi positivado, de modo expresso, nas disposições gerais do negócio jurídico. Assevera o artigo 110 da Lei Civil: "A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento" (BRASIL, 2002).

É muito claro que a positivação da reserva mental tem um propósito. Conforme consta na Mensagem nº 160 de 10 de junho de 1975 – a exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil, professor Miguel Reale –, a ideia era atualizar os ultrapassados contornos dados aos negócios jurídicos pela legislação liberal de 1916. Consta na exposição de motivos como um dos objetivos a serem perseguidos (BRASIL, 2002, p. 40):

> i) Atualização das normas referentes aos fatos jurídicos, dando-se preferência à disciplina dos negócios jurídicos, com mais rigorosa determinação de sua constitui-

> ção, de seus defeitos e de sua invalidade, fixadas, desse modo, as bases sobre que se assenta toda a parte relativa ao direito das Obrigações. Nesse, como em outros pontos, procura-se obedecer uma clara distinção entre validade e eficácia dos atos jurídicos, evitando-se equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu a feitura do Código de 1916.

Em harmonia com a orientação legal e a doutrina, é possível definir a reserva mental, *lato sensu*, como "produto da divergência entre a vontade e a manifestação, o que implica em uma manifestação, mas não uma vontade da manifestação ou de seu conteúdo" (NERY JÚNIOR, 1983). Em obra mais recente, o já citado Nery Júnior (2002) afirma ser a reserva mental "a emissão de uma declaração não querida em seu conteúdo, tampouco em seu resultado, tendo por único objetivo enganar o declaratário".

Nas palavras de Gonçalves (2002, p. 309), "ocorre reserva mental quando um dos declarantes oculta a sua verdadeira intenção, isto é, quando não quer um efeito jurídico que declara querer". Já Amaral (2003, p. 404) afirma:

> Há reserva mental quando o declarante manifesta uma vontade que não corresponde à sua vontade real, com o fim de enganar o declaratário. A reserva mental é, assim, um estado psicológico no qual o declarante se propõe a não querer aquilo que todavia declara.

Essa noção de reserva mental incorporada ao nosso ordenamento entende irrelevante a intenção guardada no psiquismo do declarante quando o declaratário não tinha o conhecimento dela. Afirma Vicenzi (2004, p. 15) que "na ideologia da tutela da confiança, o negócio é preservado conforme o sentido objetivo da declaração". Ocorre que, quando há o conhecimento por parte do declaratário de que o declarante está declarando algo que difere de sua vontade interna, a manifestação de vontade não deve subsistir, conforme a orientação da segunda parte do artigo 110 do Código Civil, por aproximar-se da simulação.

Devido à proximidade da reserva mental com a simulação, Carride (1999, p. 130) faz importante diferenciação quanto à ocorrência de ambos os institutos, asseverando que "a reserva mental ou reticência ocorre quando o agente faz ressalva de não querer o ato que é objeto da declaração. Na simulação, o defeito do negócio jurídico resulta sempre de um *pactum simulationis*, que demanda bilateralidade".

Como foi visto, não há maiores dificuldades em se traçar um perfil do instituto da reserva mental, considerando que a letra da lei é clara e precisa. Porém, é necessário ir além do texto legal e, assim sendo, vale referir os ensinamentos do idealizador do novo Código Civil. Observe-se a percepção de Branco (2002, p. 56):

> Reale propõe no projeto a substituição de um normativismo jurídico lógico-formal por um normativismo jurídico concreto, mediante a utilização de modelos jurídicos que compreendem em cada um de seus dispositivos normativos um papel significativo para a hermenêutica jurídica, dirigida para a concreção.

Diante desse quadro é possível afirmar que temos como uma das ideias mestras do novo Código Civil a fuga das generalizações e a valorização da concreção. Por isso, para a busca da "ética da situação" estruturada na nova lei, é necessário não só efetuar raciocínios em cima de casos concretos como também procurar elementos no direito alienígena e observar se podem enriquecer os modelos que utilizamos nas soluções de nossos conflitos.

1.2 Elementos da reserva mental

Conforma a classificação sugerida por Nery Júnior (1983, p. 18), existem dois elementos constitutivos da reserva mental: "a) uma declaração não querida em seu conteúdo; b) propósito de enganar o declaratário (ou mesmo terceiros)".

1.2.1 Declaração não querida em seu conteúdo

Seguindo orientação geral dos negócios jurídicos, o que normalmente deve ocorrer é que a vontade interna deve coincidir com a vontade declarada. Amaral (2003, p. 403) afirma que "o que o sistema jurídico exige é que haja perfeita coincidência entre a vontade e sua declaração, sob pena de invalidade do ato". Essa natural relação pode ser alterada caso exista alguma situação que possa viciar a vontade ou a declaração dela.

Nas palavras de Beltrão (2003, p. 104):

> A vontade que apenas reside no estado mental de uma pessoa, a qual não foi exteriorizada pelo declarante, não pode ter eficácia jurídica a fim de determinar o sentido de sua vontade, pois aquele propósito retido na mente, sem uma adequada exteriorização, não é objetivamente conhecível. A reserva mental como declaração de vontade contrária à intenção faz com que a de-

> claração exteriorizada subsista desde que o destinatário não tenha conhecimento da vontade real do declarante, vez que a vontade interior não produz efeitos jurídicos, até que seja declarada.

Dessa forma, o intérprete deve usar como ferramenta para analisar o negócio jurídico as várias teorias que existem sobre a interpretação do negócio, sempre tendo em mente o que assevera o artigo 112 do Código Civil, valorando o conteúdo da declaração. Vale dizer que existem duas formas de declarações não queridas em seu conteúdo: a declaração com divergência intencional e a declaração com divergência não intencional.

De uma maneira muito singela, é possível dar como exemplo de divergência intencional na declaração a simulação ou a reserva mental. Como divergência não intencional entre a vontade interna e a declaração, o simples erro obstáculo na declaração, o que não pode ser considerado como vício de vontade.

Branco (2003, p. 136) afirma que, "no erro-obstáculo, a declaração não encontra lastro em prévia vontade. O declarante, neste último caso, não quis, em absoluto, emitir uma declaração com o conteúdo expresso no instrumento". O problema de aferir essa divergência entre o elemento volitivo interno e o efetivamente declarado, conforme ensina Nery Júnior (1983, p. 19), é, "fundamentalmente, o de se saber se o negócio valerá com o conteúdo correspondente à verdadeira intenção do declarante ou, ao revés, se o negócio valerá com o conteúdo relativo à declaração".

1.2.2 Propósito de enganar o declaratário (ou mesmo terceiros)

Talvez seja esse ponto um dos mais tumultuados no estudo da reserva mental. Nery Júnior (1983, p. 20) afirma categoricamente que o propósito de enganar o declaratário constitui um dos elementos essenciais desse instituto: "o importante é frisar que, para verificar-se a declaração com reserva mental, o declarante deve ter querido, intencionalmente, enganar o declaratário, quer com o objetivo de prejudicá-lo, quer sem essa intenção".

Essa intenção de enganar, quer seja com *dolus bonus*, quer seja com *dolus malus* – e defendida sem restrições por Nery Júnior –, merece alguns retoques. A doutrina traz como exemplo clássico de reserva mental o caso narrado por Correia (1985, p. 77):

> Se *A*, com o fito de afastar do suicídio o seu amigo *B* (doente e crivado de dívidas), lhe promete solenemen-

> te empréstimo de avultada quantia, reservando para si o propósito de fazer apelo à falta de seriedade da sua declaração tão depressa o estado moral e físico de *B* consentir.

Esse caso exemplifica que, em casos típicos de reserva mental, a intenção de enganar deverá estar presente até em momentos em que a mentira não implica uma imoralidade, muito antes pelo contrário. Ocorre que esse entendimento é montado com base no artigo 244 do Código Civil Português (PORTUGAL, 1967):

> Artigo 244 – 1. Há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade com o intuito de enganar o declaratário. 2. A reserva não prejudica a validade da declaração, exceto se for conhecida do declaratário; neste caso, a reserva tem efeito de simulação.

Como se pode observar, cotejando o teor do artigo 110 do Código Civil Brasileiro e o artigo 244 do Código Civil Português, há uma diferença relevante. Muito embora ambos os artigos tenham redação semelhante e apresentem sentidos próximos, o artigo do Código Civil Brasileiro não traz o "intuito de enganar" como elemento essencial para a existência da reserva mental. Logo, o direito brasileiro limitou-se a afirmar que existe a reserva mental sempre que houver divergência entre a vontade e a declaração.

2 Natureza jurídica da reserva mental

Diante de todos os elementos até aqui analisados, é possível afirmar que a reserva mental é o produto intencional da divergência entre a vontade real interna e o conteúdo da vontade declarada. Por isso, afirma-se que a natureza jurídica da reserva mental é a divergência acima citada. Porém, não são todos os tipos de reserva mental que são considerados vícios dos negócios jurídicos, "somente havendo natureza jurídica de vício social a reserva mental ilícita conhecida do declaratário", por ter efeitos semelhantes à simulação. Assim é a natureza jurídica da reserva mental nas palavras de Nery Júnior (1983, p. 22):

> Genericamente, a reserva mental tem a natureza jurídica de divergência intencional entre a vontade interna e a exteriorizada, enquanto que, como espécie desse gênero, podemos dizer que a reserva mental ilícita conhecida do declaratário tem a natureza jurídica de vício social do negócio jurídico.

3 As classificações da reserva mental

Conforme a classificação construída pela melhor doutrina, existem vários tipos de reserva mental: a reserva mental lícita e a reserva mental ilícita; a reserva mental absoluta e a reserva mental relativa; a reserva mental unilateral e a reserva mental bilateral; a reserva mental conhecida e a reserva mental desconhecida. Passaremos à análise de cada uma delas.

3.1 Reserva mental lícita e reserva mental ilícita

Essa classificação da reserva mental tem a ver com o *animus* do declarante. A ideia nuclear desses dois tipos de reserva mental é a intenção de prejudicar ou não o declaratário.

Desta forma, podemos classificar a reserva mental lícita quando o declarante age sem o intuito de prejudicar o declaratário. Como exemplo clássico de reserva mental lícita, é possível referir o já citado caso do declarante que manifesta a sua vontade em desacordo com o seu íntimo, "dizendo contratar um mútuo, somente com a intenção de evitar o suicídio do amigo que se encontra em dificuldade financeira" (NERY JÚNIOR, 1983, p. 63).

Mota Pinto (1999, p. 490) afirma que a reserva mental lícita ou inocente possui o *animus decipiendi* e, para fundamentar a sua nulidade, deve o reservante alegar que "tenha procedido com o ânimo de trazer vantagem ao declaratário".

A reserva mental ilícita, por sua vez, ocorre quando a intenção é enganar o declaratário. Nesse caso, o declarante manifesta a sua vontade em desacordo com o seu íntimo querer com o intuito de trazer prejuízos ao declaratário.

3.2 Reserva mental absoluta e reserva mental relativa

Verifica-se que há a reserva mental absoluta quando o reservante não quer absolutamente nada daquilo que declarou. Veloso (2004, p. 125) afirma que existe a reserva mental absoluta "quando se declara uma coisa que em realidade é diversa". Como exemplo dessa modalidade de reserva mental, podemos citar o caso do reservante que "declara vender um imóvel, quando, na realidade, não quer vender o imóvel" (NERY JÚNIOR, 1983, p. 62).

Atinente à reserva mental relativa, esta se apresenta no caso de o reservante "declara algo que, na realidade é diverso daquilo que efetivamente quis, como na hipótese de o declarante dizer que está realizando um contrato de doação, quando, na realidade, ele quer contratar uma compra e venda" (NERY JÚNIOR, 1983, p. 65).

3.3 Reserva mental unilateral e reserva mental bilateral

De uma maneira muito singela, é possível afirmar que existe a reserva mental unilateral quando somente um dos contratantes expressa a sua vontade em desacordo com a vontade existente em seu íntimo.

De forma oposta, há a reserva mental bilateral quando ambos os declarantes manifestam a sua vontade de forma divergente com as suas vontades internas, com o intuito de se enganarem reciprocamente. Cabe ressaltar que, mesmo que essa reserva mental seja conhecida, não é possível que seja para ambos atuar em conluio, porque senão seria caso típico de simulação.

Conforme alerta Nery Júnior (1983, p. 65),

> não é desarrazoada a possibilidade de ocorrer um negócio jurídico com reserva mental bilateral (ou seja, a soma de duas reservas mentais unilaterais), porque a doutrina tem apontado a perfeita convivência, no mesmo negócio jurídico, da reserva mental com o erro obstativo ou o *lapsus linguae vel calami*, e vice-versa.

3.4 Reserva mental desconhecida e reserva mental conhecida do declaratário

O caso mais comum de ocorrência de reserva mental é a desconhecida da outra parte. Nas palavras de Abreu Filho (1995, p. 309), "se a reserva mental era desconhecida da outra parte integrante da relação negocial, o ato subsiste, e esta conseqüência é uma resultante de sua boa-fé. A solução é diferente, se quando a outra parte não ignora a atitude do contratante reticencioso, hipótese em que o ato se invalidará".

Mota Pinto (1999, p. 488) assevera que "a declaração negocial emitida pelo declarante, com a reserva, ocultada ao declaratário, de não querer o que declara, não é, em princípio, nula". A ideia é que a vontade íntima nada pode contra o que foi voluntariamente declarado. Isso porque não é possível conceber que haja ameaça à confiança que todos os envolvidos em um negócio depositam na declaração livremente exteriorizada.

Assim sendo, há casos em que uma pessoa quer a declaração, mas não quer o seu conteúdo jurídico e o declaratário não sabe disso. Ocorrendo essa hipótese, "como a pessoa destinatária da declaração não se percebe da divergência, o negócio é válido, isto é, a reserva não prejudica a validade da declaração" (AMARAL, 2003, p. 404).

Se, por um lado, a reserva mental desconhecida do declaratário não possui importância para o mundo jurídico, por

outro, a reserva mental conhecida do declaratário é um dos pontos mais controversos do instituto da reserva mental. Esta última situação possui grande importância para o direito, tanto é que a segunda parte do artigo 110 do Código Civil de 2002 lhe empresta relevância no sentido de que, se ocorrer, o negócio jurídico não subsistirá.

Porém, cabe ressaltar que não adianta a mera "cognoscibilidade" da reserva pelo declaratário, é necessário seu efetivo conhecimento. Assim, tendo o declaratário o efetivo conhecimento da reserva mental do declarante, inexiste o negócio jurídico porque não há o que se tutelar. Como afirma Mota Pinto (1999, p. 489), "se o declaratário teve conhecimento da reserva, não há confiança que mereça tutela".

Nesses casos em que a reserva mental é de conhecimento do declaratário, a maior importância deve ser dada aos casos em que o declarante não tenha agido de maneira espontânea. Se observarmos de perto, a grande maioria das declarações divergentes de vontade é obtida a partir de coação. Correia (1985, p. 79) afirma que em casos de coação "podemos encontrar uma reserva mental bem caracterizada por parte do declarante coagido". Ainda, Correia (1985, p. 80) traz um exemplo de violência moral que se enquadra perfeitamente nessa situação:

> Ameçado de grave perigo por *B*, *A* aceita subscrever o documento que lhe é apresentado, pelo qual se obriga a fazer àquele *B* uma certa prestação. O exame deste caso nos levará a concluir, ao cabo de curta análise, que a situação psicológica do coagido, em face do acto voluntário pelo qual emitiu (ao menos na aparência) uma declaração de vontade e das suas conseqüências jurídicas, longe de ser invariável, pode revestir cada uma das sucessivas formas: [...] *A*, ao opor sua assinatura no documento que lhe é apresentado, reserva para si o propósito de alegar em juízo a violência sofrida e assim destruir todo o valor aparente do título firmado, tão depressa o cumprimento das obrigações nele referidas lhe for exigido.

Nery Júnior (1983, p. 39) discorda do posicionamento de Correia:

> Ouso divergir do ilustre civilista português. Não entendemos a hipótese referida como sendo um caso típico de reserva mental. [...] No caso, o declarante não pretendeu enganar o coator porque este, mais do que ninguém, sabia que o declarante estava manifestando a sua vontade porque coagido [...] Nesta ordem de considerações, não podemos acreditar que possa haver re-

> serva mental não espontânea, sugerida por Ferrer Correia, porque [...] só é possível falar-se em reserva mental quando há divergência intencional entre a vontade real (interna) e a exteriorizada, o que, como já se esclareceu, não se dá no caso de coação.

Nesse caso, com a devida vênia, ousaria discordar do ilustre civilista Nery Júnior. Por todos os argumentos alinhados nesse estudo, o exemplo citado por Ferrer Correia pode ser enquadrado como reserva mental, visto que a situação de coação não exclui a reserva mental. Ambas estão presentes e não há como negar que existe flagrante divergência entre a vontade interna e a declarada.

4 Efeitos da reserva mental

Como referido ao longo do estudo, se a reserva mental era desconhecida do declaratário, mantendo-se interna, ela não pode ser invocada porque não tem significado para o direito. Portanto, nesse caso, a reserva mental não produz efeitos no mundo do direito, uma vez que ofensiva à boa-fé.

Porém, se a reserva mental era conhecida pelo declaratário, operam-se efeitos no universo jurídico. Conforme salienta a parte final do artigo 110 do Código Civil Brasileiro, a reserva mental conhecida do declaratário não pode subsistir.

Nesse segundo caso, existe uma grande divergência na doutrina sobre a consequência que a reserva mental conhecida acarreta ao negócio jurídico viciado. Boa parte da doutrina afirma que é caso de nulidade porque a equipararia à simulação, enquanto outros afirmam que é caso de inexistência do negócio jurídico.

Mello (2004) afirma que no direito alemão há norma explícita no parágrafo 116 do Código Civil Alemão (BGB) trazendo que se a reserva mental for conhecida do outro figurante ela será causa de nulidade porque configura caso que deve ser tratado como simulação. Afirma ainda que "o Código Civil de 2002 seguiu essa orientação" (MELLO, 2004, p. 134). Carride (1999, p. 133) também afirma que a reserva mental conhecida equivale-se "à simulação, regendo a questão pelas mesmas regras a esta impostas".

Veloso (2004) alinha-se à doutrina lusitana, afirmando que se aplicam à reserva mental conhecida do declaratário os mesmos efeitos da simulação. Segundo ele, os atos atingidos por esse vício são "em princípio nulo[s]" (VELOSO, 2004, p. 127), conforme se extrai da inteligência do artigo 167 do Código Civil de 2002.

Ocorre que esse argumento de igualar a reserva mental conhecida do declaratário à simulação é embasado na doutrina lusitana, uma vez que o artigo 244 do Código Civil Português prevê essa hipótese expressamente. No Brasil, o novo Código não faz qualquer referência a essa equiparação.

Como colaborador da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, sendo responsável justamente pela parte geral do Código de 2002, o Ministro José Carlos Moreira Alves ensina em sua obra sobre os efeitos da reserva mental:

> Em um sistema como o seguido pelo anteprojeto – que dá preferência à vontade interna, quando esta não prejudica a boa-fé de terceiros (v. art. 108) – a reserva mental conhecida da outra parte não torna nula a declaração de vontade; esta inexiste, e, em conseqüência, não se forma o negócio jurídico (ALVES, 2003a, p. 48).

Em sentido muito próximo leciona Miranda (1974, p. 477), ao afirmar que "a reserva mental não é ineficaz porque seja nula; é ineficaz, porque não está no mundo jurídico: não é. Mas quando conhecida da outra parte, pode ser anulável o negócio jurídico".

Nery Júnior (1983, p. 80), autor da melhor monografia sobre o tema da reserva mental, inicialmente se manifestou no sentido de igualar a reserva mental conhecida do declaratário à simulação:

> A posição que se nos afigura como a melhor, dentre aquelas defendidas pela doutrina, é a que dá à reserva mental conhecida (e não comunicado, previamente, o conhecimento ao reservante) os efeitos da simulação, tornando o negócio assim realizado suscetível de ataque por invalidade.

Posteriormente, em seus comentários ao novo Código Civil, o referido autor mudou o seu entendimento sobre essa questão (NERY JÚNIOR, 2002, p. 59):

> A norma, contrário *sensu,* diz que a reserva mental conhecida implica a não subsistência da manifestação de vontade, sem dar, contudo, qual o regime jurídico dessa não subsistência, regime este que deve ser extraído do sistema. Insubsistência significa não existência. Quando ocorrer essa insubsistência, isso quer dizer que o negócio jurídico é inexistente.

5 A reserva mental na jurisprudência e a boa-fé objetiva

Com o escopo de consolidar as conclusões obtidas ao longo do estudo, é importante verificar os precedentes jurisprudenciais como forma de auxiliar no entendimento das percepções do Poder Judiciário sobre a reserva mental.

Observamos que o novo Código Civil segmenta a reserva mental em duas modalidades: a reserva mental desconhecida e a reserva mental conhecida de declaratário. No primeiro caso, a manifestação de vontade subsiste, conforme se pode observar da jurisprudência forjada no Tribunal de Justiça no Rio Grande do Sul, nas palavras do atual presidente, Desembargador José Aquino Flores de Camargo (BRASIL, 2004):

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS DE PRESTAÇÕES MENSAIS DE INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDAS EM CONTA-CORENTE. PARTE QUE FIRMA O INSTRUMENTO CONTRATUAL E, MENOS DE UM MÊS APÓS, PROPÕE DEMANDA REVISIONAL. RESERVA MENTAL. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA. LIMITAÇÃO INDEFERIDA. PRECEDENTES DA CÂMARA. AGRAVO IMPROVIDO.

Na mesma linha argumentativa localizamos arestos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL, 2012):

> Registro, por oportuno, que o contrato ora discutido nestes autos foi firmado pelo autor (no pleno exercício da sua capacidade jurídica de fato) e pela CEF, em 15 de agosto de 2012, há menos de dois meses do ajuizamento desta ação, o que faz presumir que o autor celebrou referido contrato já com a reserva mental de não aceitar suas cláusulas, tudo isso sem o conhecimento do outro contratante (CEF), o que denota relativa má-fé. No tocante à alegada 'venda casada', observo que não há nos autos qualquer comprovação de ter sido o autor coagido à aquisição dos produtos informados na inicial [...].

Essa situação revela outro elemento que a jurisprudência dos Tribunais entende valioso para a resolução das controvérsias envolvendo a declaração de vontade: a ausência de boa-fé objetiva no ato de contratar, porquanto presente a reserva mental. A ideia desenvolvida nos arestos se harmoniza com a teoria da confiança ao concluir pela ausência de boa-fé objetiva do declarante que, logo após manifestar sua vontade em um contrato, busca a sua revisão judicial.

Posto isso, as realidades analisadas nos arestos jurisprudenciais espelham a ideia de Azevedo (1983, p. 60), quando ensina que "é freqüente chocarem-se os interesses dos homens, sobretudo no mundo excessivamente competitivo do nosso tempo. Rapidamente as relações de cooperação podem transformar-se em conflitos".

Exatamente por isso que o estudo da boa-fé nos negócios jurídicos é coerente com a ideia de assegurar cooperação entre os indivíduos e os grupos sociais situados no contexto e nas circunstâncias que lhes são próprias. Tal ideia é trazida pelo "novo espírito que condiciona o ordenamento jurídico ora aprovado" (REALE, 2002, p. IX).

Por isso, a jurisprudência deve estar atenta à aplicação da boa-fé, pois, como observa Grau (2002, p. 38), "o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. Por isso mesmo, o direito é contemporâneo à realidade". E completa o autor:

> O Direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. [...] Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos à realidade e seus conflitos (GRAU, 2002, p. 38).

Logo, é de suma importância que se observem as transformações ocorridas no Direito e como estas são tratadas pelos Tribunais. Conforme preceituam os artigos 113 e 422, ambos do Código Civil Brasileiro, a boa-fé deve estar presente nas situações contratuais. Não apenas esses novos dispositivos legais trazem a ideia da boa-fé, mas também os antigos artigos 4º, inciso III, e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor já nos presenteavam com essa ideia.

De acordo com o ensinamento de Silva (2001) utilizado para explicar a boa-fé no inciso IV do artigo 51 da Lei nº 8.078, pode-se também explicar a previsão legal desse princípio no novo Código Civil Brasileiro. Lembra o professor que não devemos pensar que há inovação da lei criando o princípio da boa-fé no direito brasileiro. Na verdade a lei simplesmente expressou o que era regra imanente ao sistema jurídico (SILVA, 2001, p. 52).

Nas palavras do ilustre professor Clóvis do Couto e Silva, o princípio da boa-fé manifestou-se no direito brasileiro particu-

larmente no Direito das Coisas, restando praticamente esquecido nos demais campos do Direito (COUTO E SILVA, 1997, p. 36):

> Na verdade, o século XIX foi o apogeu do liberalismo e não causa estranheza o fato de os juristas fundamentarem as mais diversas instituições com base numa vontade, seja real, seja presumida. O certo é que pouco espaço foi deixado para a aplicação do princípio da boa-fé, fora do Direito das Coisas, o que se resumia, no geral, à teoria do usucapião e à da aquisição dos frutos.

Modernamente, o princípio da boa-fé passou a ser aplicado amplamente nas relações obrigacionais, onde a ideia da ética da situação deve ser levada em consideração pelos julgadores. Assim,

> o princípio da boa-fé endereça-se sobretudo aos juízes e os instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo o controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional [...]. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando o 'Direito do caso' (COUTO E SILVA, 1997, p. 42).

Os arestos citados no início do capítulo, espelhando a ideia de Clóvis do Couto e Silva – e atentos aos ensinamentos de Cláudia Lima Marques, que conceitua a boa-fé como "uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis" (MARQUES, 2002, p. 106), procuram analisar cada caso singularmente circunscrevendo a aplicabilidade da teoria da confiança e do princípio da boa-fé em cada debate.

Assim sendo, majoritariamente, entenderam os julgadores que a reserva mental desconhecida do declaratário feriu a boa-fé e vulnerou o princípio de lealdade, que se configura um dever anexo ao negócio jurídico. Sobre os deveres laterais, ensina Silva (2002, p. 79):

> toda relação expõe a pessoa ou os bens de uma parte à atividade da outra, que pode, com essa atividade, provocar danos a tais bens ou colocá-los em perigo. Incide então a boa-fé, a regular o comportamento dos sujeitos por meio da criação de uma série de deveres dedicados a evitar situações danosas.

Neste passo, o dever acessório em comento – o princípio da lealdade – obriga as partes a "adotarem medidas cabíveis para

alcançar a satisfação ótima dos objetivos contratuais" (DUARTE, 2004, p. 418). Esse entendimento de que a violação de deveres anexos constitui uma espécie de inadimplemento tem a ver com a concepção da ciência jurídica alemã, que trouxe a ideia de organismo das relações, a ideia de totalidade. Porém, é importante lembrar que se trata de um "todo articulado que contém em si a diferença", como um vínculo "obrigacional não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade, mas na boa-fé objetiva" (MARTINS-COSTA, 2000, p. 395).

6 Breves comentários sobre a reserva mental no direito estrangeiro

No direito alemão, a reserva mental está disciplinada no § 116 do Código Civil Alemão (BGB). Segundo essa regra, a reserva mental não conhecida do declaratário não opera efeitos no mundo jurídico, assim como a regra do Código Civil brasileiro. De acordo com Larenz (1978, p. 496):

> *Uma declaración de voluntad, según el artículo 116, no es nula porque el declarante se haya reservado secretamente no querer lo declarado. No obstante, es nula cuando se há de emitir frente a outro y éste descubre la reserva. El primer párrafo no declara sino algo evidente.*

No direito lusitano, como já foi abordado neste trabalho, a reserva mental vem positivada no artigo 244 do Código Civil. Em Portugal, Santos (1921, p. 78) sustenta que a reserva mental corresponderia a um "ato simulado em que existem os dois primeiros elementos constitutivos (divergência intencional entre a vontade e a declaração e o intuito de enganar), mas falta o último elemento (o acordo de vontades)". E completa o autor:

> A reserva mental aparece, pois, como figura jurídica distinta da simulação, e vontade e a declaração; 2º) o intuito de enganar; 3º) a falta de acordo ou existência de um acordo incompleto para a simulação entre os outorgantes do acto jurídico (SANTOS, 1921, p. 81).

Cabe ressaltar que a doutrina portuguesa foi, e ainda é, uma das melhores referências para o estudo do tema da reserva mental, tendo em vista a sua riqueza e excelência dos doutrinadores. Porém, é necessário cautela para a análise do tema, considerando que o Código Civil positivou a reserva mental com contornos semelhantes ao Código Português, mas não iguais. Exatamente

por isso é que alguns dos estudos embasados exclusivamente na doutrina lusitana acabam chegando a conclusões destorcidas.

No direito italiano, Ruggiero (1934, p. 257) afirma que na reserva mental "a declaração produz todos os seus efeitos como se correspondesse à vontade interna e assim o negócio surge e é válido, visto que a reticência, desejada pelo declarante e ignorada na outra parte, não pode anular a declaração".

Scuto (1969, p. 111) assevera que a reserva mental "*consiste in uma dichiarazione non voluta nel suo contenuto ed anche nel suo risultato, ad único scopo di inganno*". Assim como no direito português, o direito civil italiano também buscou inspiração para regular os negócios jurídicos no Código Civil Alemão (BGB). Galgano (1992, p. 56) lembra que, assim como o Código Civil italiano,

> *Il códice civile tedesco del 1900 registra questo equilíbrio. Um apposito titolo del libro primo, dedicato alla 'dichiarazione di voluntà', precede il titolo relativo al contratto. Il § 116 decreta l'irrelevanza della riserva mentale, ma ammette che la dichiarazione è nulla quanto debba essere indirizzata a un'altra persona e questa sia conoscenza della riserva; il § 117 dichiara nulla, coerentemente, la dichiarazione simulata com l'accordo del destinatario.*

Conclusão

O fenômeno da reserva mental não foi prestigiado pelo Código Civil Beviláqua, mas sempre fora admitido na doutrina e na jurisprudência brasileira. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a reserva mental foi positivada, de modo expresso, nas disposições gerais do negócio jurídico. A letra do artigo 110 do Código Civil afirma que a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Desta forma, a reserva mental pode ser conceituada como a emissão de uma declaração não querida em seu conteúdo, tampouco em seu resultado, tendo por único objetivo enganar o declaratário. Esse produto da divergência entre a vontade e a manifestação implica uma manifestação, mas não uma vontade da manifestação ou de seu conteúdo.

A positivação da reserva mental tem o propósito de atualizar os ultrapassados contornos dados aos negócios jurídicos pela legislação liberal de 1916. Na exposição de motivos do Código Civil, existe a ideia de atualizar as normas referentes aos fatos

jurídicos, dando-se preferência à disciplina dos negócios jurídicos, com mais rigorosa determinação de sua constituição, de seus defeitos e de sua invalidade. Busca-se, enfim, evitar os equívocos em que se enreda a Dogmática Jurídica que presidiu a feitura do Código de 1916.

Na jurisprudência pátria, a reserva mental desconhecida do declaratário tem sido tratada como ausência de boa-fé objetiva no ato de contratar, e esse entendimento se harmoniza com a teoria da confiança. A doutrina afirma que existem dois elementos constitutivos da reserva mental, a declaração não querida em seu conteúdo e o propósito de enganar o declaratário ou mesmo terceiros.

A declaração não querida em seu conteúdo é a essência da reserva mental, porém o propósito de enganar o declaratário é um dos mais tumultuados pontos no estudo da reserva mental. Nery Júnior afirma categoricamente que o propósito de enganar o declaratário constitui um dos elementos essenciais desse instituto. O Código Civil Brasileiro não traz o "intuito de enganar" como elemento essencial para a existência da reserva mental, limitando-se a afirmar que existe a reserva mental sempre que houver divergência entre a vontade e a declaração.

É possível afirmar que a reserva mental possui a natureza jurídica de divergência intencional entre a vontade interna e a exteriorizada, enquanto, como espécie desse gênero, se pode dizer que a reserva mental ilícita conhecida do declaratário tem a natureza jurídica de vício social do negócio jurídico.

Se, por um lado, a reserva mental desconhecida do declaratário não possui importância para o mundo jurídico, por outro, a reserva mental conhecida do declaratário possui, tanto é que a segunda parte do artigo 110 do Código Civil de 2002 lhe empresta relevância. Se o declaratário teve conhecimento da reserva mental, a ideia é que o negócio jurídico não pode subsistir porque não há confiança que mereça tutela.

No tocante ao conhecimento da reserva mental por parte do declaratário, existe severa divergência doutrinária, uma vez que muitos afirmam que é caso de nulidade, porque a equiparam à simulação, como fazem os lusitanos. Porém, entendemos que a solução é diversa. A norma, *contrario sensu*, diz que a reserva mental conhecida implica a não subsistência da manifestação de vontade, sem dar, contudo, qual o regime jurídico dessa "não subsistência", o que deve ser extraído do sistema jurídico. Por isso, tendemos a afirmar, no esteio de Moreira Alves e Pontes de Miranda, que a insubsistência significa "não existência". Logo, o negócio jurídico viciado pela reserva mental conhecida será inexistente.

Referências

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.

_____. O novo código civil brasileiro e o direito romano - seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciuli (Coord.). **O novo código civil:** estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003b.

AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **A justiça distributiva e a aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

BELTRÃO, Silvio Romero. Interpretação dos contratos. *In*: LOBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves (Coord.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 101-124.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em torno dos vícios do negócio jurídico – a propósito do erro de fato e do erro de direito. *In*: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciuli (Coord.). **O novo código civil:** estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 129-146.

BRASIL, Novo Código Civil. **Novo código civil:** exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70009432410. Agravante: Iara Regina Sippel. Agravado: Banco do Brasil S.A. Relator: José Aquino Flores de Camargo. Julgado em 29 set. 2004.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 50179714120124040000. Agravante: Alex Sandro Fagundez. Agravado: Caixa Econômica Fedral. Relator: Fernando Quadros da Silva. Julgado em 25 out. 2012.

CARRIDE, Norberto de Almeida. **Vícios do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

CORREIA, Ferrer A. **Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1985. 3ª tiragem.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Negócio jurídico e negócio jurídico de disposição. *In*: FRADERA, Vera de. (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 70-92.

DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no Novo Código Civil Brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Questões controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. v. II. p. 399-433.

GALGANO, Francesco. **Atlante di diritto privato comparato**. Bologna: Zanichelli Terza Edizione, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sabre a Interpretação/ Aplicação do Direito.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil:** Parte General. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editoriales de derecho reunidas, 1978.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, F. Pontes de. Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: RT, 1974. t. IV.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: RT, 1983.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002.

PORTUGAL. Código Civil português, de 1º de junho de 1967. Disponível em: <https://pt.wikisource.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_Portugu%C3%AAs>. Acesso em: 27 ago. 2015.

REALE, Miguel. Prefácio. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. IV-X.

RUGGIERO, R. **Instituições de direito civil –** introdução e parte geral – direito das pessoas. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1934. v. I.

SANTOS, José Beleza Santos. **A simulação em direito civil**. Coimbra: Coimbra Editores,1921. v. I.

SCUTO, Edoardo. **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, 1969. v. XVI.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos:** do código civil ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VELOSO, Alberto Júnior. **Simulação –** aspectos gerais diferenciados à luz do Código Civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2004.

VICENZI, Marcelo. **A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no código civil e no código de defesa do consumidor**. 40 p. Trabalho apresentado na Cadeira de Fundamentos do Direito Privado (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

Parte 3

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo pelo STF. Eficácia normativa e eficácia executiva da decisão: distinções. Inexistência de efeitos automáticos sobre as sentenças judiciais anteriormente proferidas em sentido contrário. [1]

EMENTA OFICIAL

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO.

1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= *eficácia normativa)* de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito.

2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= *eficácia executiva* ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, "l", da Carta Constitucional.

3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais *supervenientes* a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional.

4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação

[1] Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4353441

rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.

5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, apreciando o tema 733 da Repercussão Geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Fixada a tese com o seguinte teor: "A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)".

Brasília, 28 de maio de 2015.
Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator
RE 730.462. DJE 09/09/2015.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que decidiu nos termos da seguinte ementa:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. ADIN 2736. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. COISA JULGADA.
> 1. Com o julgamento da ADIN n. 2736 pelo Supremo Tribunal Federal, em 08/09/2010 (DJE n. 173, de 16/09/2010), que concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41, a qual havia acrescentado o artigo 29-C na Lei 8.036/90, o entendimento acerca do não cabimento dos honorários advocatícios em demandas sobre o FGTS deixou de subsistir, prevalecendo o Código de Processo Civil para a fixação dos honorários nas ações da espécie.

> 2. A declaração de inconstitucionalidade, como regra, tem o condão de produzir efeitos para todos (*erga omnes*), alcançando os atos pretéritos eivados do vício de nulidade (*ex tunc*). Não significa dizer, contudo, que a retroatividade possa alcançar, inclusive, as decisões judiciais transitadas em julgado, sob pena de propiciar insegurança nas relações sociais e jurídicas.
> 3. Não procede a pretensão de arbitramento de honorários advocatícios em demanda já acobertada pelo manto da coisa julgada, ainda mais porque embasada a decisão na lei vigente à época, que vedava a fixação da verba em ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas.
> 4. Não é defeso ao autor ou ao causídico dos demandantes, dado não ser parte no processo e portanto não sofrer as conseqüências da preclusão, de se valerem dos meios juridicamente previstos para postular o direito invocado. O que não se admite é a discussão da questão após o trânsito em julgado da decisão, em consonância ao princípio da segurança jurídica.
> 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (fl. 78)

No recurso extraordinário, a parte recorrente sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC, porquanto a questão suscitada possui transcendência social e econômica. Aponta ofensa ao art. 5º, XXXVI, da CF, pois (a) "o advogado não é parte e a condenação, nos honorários, como exige o artigo 20, do Código de Processo Civil, não pode ser objeto do trânsito em julgado" (fl. 84); (b) "a coisa julgada material exsurge quando a sentença enfrenta a questão e mérito o que não é o caso da sucumbência" (fl. 84); (c) "o efeito *ex tunc* concedido no julgamento da ADIN n. 2736, em 08/09/2010 consubstanciou a desconstituição da MP n. 2164-41/2001, desde seu nascimento, retirando-a do ordenamento jurídico" (fl. 85). Requer, por fim, o provimento do recurso extraordinário para que seja julgado procedente o pedido inicial.

O recurso extraordinário foi admitido na origem e determinada sua remessa a esta Corte como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC.

Em 9 de maio de 2014, submeti o processo ao Plenário Virtual, para a análise da repercussão geral. Propus que, além do reconhecimento da repercussão geral, fosse reafirmada a jurisprudência desta Corte e negado provimento ao recurso extraordinário. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada. No mérito, entretanto, não reafirmou a jurisprudência sobre a matéria.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário, em parecer assim ementado:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE

INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA. REFLEXOS. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA. CONSTITUCIONALIDADE E COISA JULGADA. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1 – São pilares básicos do sistema constitucional brasileiro a justiça, a igualdade e a segurança jurídica.

2 – A segurança jurídica, sob o enfoque objetivo, baliza a ação estatal de modo a resguardar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

3 – Do princípio da supremacia da Constituição decorre o da constitucionalidade, que impõe ao legislador o dever de prover o ordenamento jurídico de normas que se apresentem verticalmente conformes à Carta de 1988. Ao juiz, por sua vez, manda afastar as normas com ela incompatíveis, para garantir a integridade do sistema.

4 – A proteção constitucional da coisa julgada não imuniza o provimento jurisdicional eivado de inconstitucionalidade de correção.

5 – A ponderação dos princípios da constitucionalidade e da coisa julgada possibilita antever que a abertura de vias autônomas para impugnação de sentença ou acórdão fundados em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade não malfere as bases do Estado Democrático de Direito nem gera a circularidade infinita de demandas no controle difuso de constitucionalidade. Pelo contrário, pacifica litígios e milita em favor da igualdade e da realização da justiça no caso concreto.

6 – Parecer pelo provimento do recurso extraordinário. (fls. 127/128).

É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

Decisão: Após o relatório e a sustentação oral, pela recorrida Caixa Econômica Federal - CEF, do Dr. Murilo Oliveira Leitão**,** OAB/ DF 17.611, o julgamento foi sobrestado. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, de palestra e compromissos na República Italiana e do Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das Eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido; justifica-damente, o Ministro Luiz Fux, e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 07.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Senhor Presidente, vou fazer uma breve consideração sobre o tema, porque causou espécie o sumário da repercussão geral quando fala em relativização da coisa julgada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, é o que eu tenho aqui.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Na verdade, não é disso que se trata. Eu distribuí o meu voto. A questão, a rigor, é muito simples. O que aconteceu aqui? É uma ação pedindo diferença de fundo de garantia. Na época, havia um preceito normativo segundo o qual, nesses casos, não cabem honorários advocatícios. Assim, negou-se honorários com base nessa lei. Depois, mais tarde, mais de dois anos depois, o Supremo declarou inconstitucional essa Lei que vedava honorários. Por isso, o autor da ação voltou a requerer a fixação de honorários. A questão é saber se essa declaração de inconstitucionalidade posterior tem reflexos automáticos sobre a sentença anterior transitada em julgado. Essa é a questão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Essa possibilidade de reabertura do prazo da rescisória.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - ... essa possibilidade. Então, não tem nada a ver com relativização da coisa julgada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Pelo contrário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aliás, não relativiza mesmo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Não relativiza mesmo.

Essa é a questão. O julgamento foi iniciado, houve sustentação oral e, logo depois da sustentação oral, foi sustado o julgamento para prosseguir numa outra oportunidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. E o recurso era de Nelson Itiro Yanasse.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Então, se os Colegas não se opuseram, eu leio o meu voto, que já fiz distribuir, não sei se os Colegas têm à mão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O recorrido era a Caixa. Vossa Excelência então está negando provimento?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Eu estou negando provimento, reafirmando a jurisprudência, afirmando que não se pode confundir a eficácia normativa de uma sentença que declara a inconstitucionalidade, (que retira do plano jurídico a norma **ex tunc**) com a eficácia executiva, ou seja, o efeito vinculante dessa decisão. O efeito vinculante não nasce da inconstitucionalidade, ele nasce da sen-

tença que declara inconstitucional. De modo que o efeito vinculante é **pro futuro**, da decisão do Supremo para frente, não atinge os atos passados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E sobretudo a coisa julgada.

O **SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) -** Exatamente. Então, relativamente ao passado, é indispensável uma ação rescisória.

Essa é a questão, eu estou reproduzindo a jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - A jurisprudência é tranquila nesse sentido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. A disciplina da matéria relacionada a honorários advocatícios por sucumbência é de natureza tipicamente infraconstitucional. É a lei ordinária que estabelece em que casos cabe ou não a condenação, bem como os critérios para a fixação do respectivo valor (AI 817.165-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 27/3/2014; ARE 755.830-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/12/2013; e ARE 740.552-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 13/6/2013). É igualmente atribuição do legislador ordinário a formatação da disciplina da coisa julgada, seus limites e o modo como se materializa processualmente (ARE 800.013-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 6/5/2014; ARE 796.136-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 7/5/2014; e ARE 775.408-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 7/5/2014). Essa orientação foi explicitamente adotada em julgamento sob regime de repercussão geral, no ARE 748.371-RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), o qual, embora afirmando a inexistência de repercussão geral, tem eficácia em relação a todos os recursos sobre matéria idêntica (art. 543-A, § 5º, do CPC c/c art. 327, § 1º, do RISTF).

2. Afastados esses fundamentos do recurso, o que nele subsiste, como matéria constitucional, é a questão relacionada ao alcance da eficácia das sentenças que, em controle concentrado, declaram a inconstitucionalidade de um preceito normativo. Mais especificamente: cumpre decidir se a declaração de inconstitucionalidade tomada em ADI atinge desde logo sentenças anteriores já cobertas por trânsito em julgado, que tenham decidido em sentido contrário. Essa é a questão a ser enfrentada.

3. A afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma no âmbito de ação de controle concentrado (ADI ou ADC) simplesmente reconhece a sua validade ou a sua nulidade, gerando, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (que se pode denominar de *eficácia normativa*) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. Todavia, dessa senten-

ça de mérito decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a *supervenientes* atos administrativos ou judiciais. É o que se pode denominar de *eficácia executiva* ou instrumental, que, para efetivar-se, tem como mecanismo executivo próprio, embora não único, a reclamação prevista no art. 102, I, "l", da Carta Constitucional. No julgamento da ADC 1 por este Supremo Tribunal Federal ficou reconhecido, nos termos do voto do Min. Moreira Alves, relator, que do efeito vinculante resultam as seguintes consequências típicas: (a) "se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o STF, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão"; e (b) "essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo como sucede na Alemanha os seus fundamentos determinantes (…)) alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos por constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos emanados do Poder Legislativo" (RTJ 157:382).

4. É importante distinguir essas duas espécies de eficácia (a normativa e a executiva), pelas consequências que operam em face das situações concretas. A eficácia normativa (= declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) se opera *ex tunc*, porque o juízo de validade ou nulidade, por sua natureza, dirige-se ao próprio nascimento da norma questionada. Todavia, quando se trata da eficáciaexecutiva, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que o efeito vinculante, que lhe dá suporte, não decorre da validade ou invalidade da norma examinada, mas, sim, da sentença que a examina. Derivando, a eficácia executiva, da sentença (e não da vigência da norma examinada), seu termo inicial é a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais *supervenientes* a essa publicação, não atos pretéritos. Os atos anteriores, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, somente poderão ser desfeitos ou rescindidos, se for o caso, em processo próprio. Justamente por não estarem submetidos ao efeito vinculante da sentença, não podem ser atacados por simples via de reclamação. É firme nesse sentido a jurisprudência do Tribunal: "Inexiste ofensa à autoridade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal se o ato de que se reclama é anterior à decisão emanada da Corte Suprema. A ausência de qualquer parâmetro decisório, previamente fixado

pelo Supremo Tribunal Federal, torna inviável a instauração de processo de reclamação, notadamente porque inexiste o requisito necessário do interesse de agir" (Rcl 1723 AgR-QO, Min. Celso de Mello, Pleno, DJ de 6.4.2001). No mesmo sentido: Rcl 5388 AgR, Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 23.10.14; Rcl. 12741 AgR, 2ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 18.9.201; Rcl 4962, Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 25.6.2014).

5. Isso se aplica também às sentenças judiciais anteriores. Sobrevindo decisão em ação de controle concentrado declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo, nem por isso se opera a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Conforme asseverado, o efeito executivo da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade deriva da decisão do STF, não atingindo, consequentemente, atos ou sentenças anteriores, ainda que inconstitucionais. Para desfazer as sentenças anteriores será indispensávelou a interposição de recurso próprio (se cabível), ou, tendo ocorrido o trânsito em julgado, a propositura da ação rescisória, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto, notadamente quando decide sobre relações jurídicas de trato continuado, tema de que aqui não se cogita. Interessante notar que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16.3.2015), com vigência a partir de um ano de sua publicação, traz disposição explícita afirmando que, em hipóteses como a aqui focada, "caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal" (art. 525, § 12 e art. 535, § 8º). No regime atual, não há, para essa rescisória, termo inicial especial, o qual, portanto, se dá com o trânsito em julgado da decisão a ser rescindida (CPC, art. 495).

6. Pode ocorrer – e, no caso, isso ocorreu – que, quando do advento da decisão do STF na ação de controle concentrado, declarando a inconstitucionalidade, já tenham transcorrido mais de dois anos desde o trânsito em julgado da sentença em contrário, proferida em demanda concreta. (Fenômeno semelhante poderá vir a ocorrer no regime do novo CPC, se a a parte interessada não propuser a ação rescisória no prazo próprio). Em tal ocorrendo, o esgotamento do prazo decadencial inviabiliza a própria ação rescisória, ficando a sentença, consequentemente, insuscetível de ser rescindida, mesmo que contrária à decisão do STF em controle concentrado.

Imunidades dessa espécie são decorrência natural da já mencionada irretroatividade do efeito vinculante (e, portanto, da eficá-

cia executiva) das decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Há, aqui, uma espécie de modulação temporal *ope legis* dessas decisões, que ocorre não apenas em relação a sentenças judiciais anteriores revestidas por trânsito em julgado, mas também em muitas outras situações em que o próprio ordenamento jurídico impede ou impõe restrições à revisão de atos jurídicos já definitivamente consolidados no passado. São impedimentos ou restrições dessa natureza, por exemplo, a prescrição e a decadência. Isso significa que, embora formados com base em preceito normativo declarado inconstitucional (e, portanto, excluído do ordenamento jurídico), certos atos *pretéritos*, sejam públicos, sejam privados, não ficam sujeitos aos efeitos da *superveniente* declaração de inconstitucionalidade porque a prescrição ou a decadência inibem a providência extrajudicial (v.g., o lançamento fiscal) ou o ajuizamento da ação própria (v.g., ação anulatória, constitutiva, executiva ou rescisória) indispensável para efetivar o seu ajustamento à superveniente decisão do STF. No âmbito criminal, configura hipótese típica de modulação temporal *ope legis* a norma que não admite revisão criminal da sentença absolutória (art. 621 do CPP), bem como inibe o agravamento da pena, em caso de procedência da revisão (art. 626, parágrafo único, do CPP). Isso significa que, declarada inconstitucional e excluída do ordenamento jurídico uma norma penal que tenha sido aplicada em benefício do acusado em sentença criminal transitada em julgado, há empecilho legal à eficácia executiva *ex tunc* dessa declaração, por falta de instrumentação processual para tanto indispensável.

7. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, pelos fundamentos já expostos, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.

8. O que se acaba de sustentar tem apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a saber:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA RES JUDICATA - TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT - CONSEQUENTE

IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

- A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc* – como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.

- O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito. (RE 592.912-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 22/11/2012)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. BENFEITORIAS. PAGAMENTO EM ESPÉCIE. DISPOSITIVOS LEGAIS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COISA JULGADA. DESCONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

É certo que esta Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de dispositivos que autorizam o pagamento, em espécie, de benfeitorias fora da regra do precatório. Isso não obstante, no caso dos autos, esse pagamento foi determinado por título executivo que está protegido pelo manto da coisa julgada, cuja desconstituição não é possível em sede de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido em processo de embargos à execução. Precedente: RE 443.356-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

Agravo regimental desprovido. (RE 473.715-AgR, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 25/5/2007)

> Desapropriação: recurso do INCRA contra decisão proferida em execução, onde se alega impossibilidade do pagamento de benfeitorias úteis e necessárias fora da regra do precatório: rejeição: preservação da coisa julgada.
> Malgrado o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado, por duas vezes, quanto à inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizam o pagamento das benfeitorias úteis e necessárias fora da regra do precatório (ADIn 1.187-MC, 09.02.1995, Ilmar; RE 247.866, Ilmar, RTJ 176/976), a decisão recorrida, exarada em processo de execução, tem por fundamento a fidelidade devida à sentença proferida na ação de desapropriação, que está protegida pela coisa julgada a respeito. (RE 431.014-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJe de 25/5/2007)

9. Saliente-se, por outro lado, que não há incompatibilidade com a tese aqui defendida e o decidido por esta Corte no RE 363.889 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Plenário, DJe de 16/12/2011), precedente suscitado no parecer da Procuradoria-Geral da República para fundamentar o provimento do recurso extraordinário. Nesse julgado, o STF reconheceu a legitimidade da relativização de coisa julgada estabelecida em ação de investigação de paternidade julgada improcedente por falta de provas, em decorrência da não realização de exame de DNA. Privilegiou-se, assim, o direito à busca da identidade genética, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, em face do postulado da segurança jurídica.

Bem se percebe, assim, que naquele precedente estavam em discussão princípios constitucionais que não encontram aplicabilidade na presente hipótese. Com efeito, o que aqui se sustenta não é a imutabilidade absoluta da coisa julgada material, mas apenas que, transcorrido o prazo decadencial da ação rescisória, não podem ser desconstituídos os efeitos de sentença transitada em julgado sob o argumento de que a norma que a fundamentou foi posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Resguarda-se, nesta hipótese, a segurança jurídica, consubstanciada na preservação da coisa julgada material, sem, contudo, descartar a legitimidade de sua relativização em casos excepcionais, como aquele apreciado por esta Corte nos autos do RE 363.889.

10. Estando o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cumpre negar provimento ao recurso extraordinário, afirmando-se a seguinte tese para efeito de repercussão geral: a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória

própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).

11. Diante do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário. É o voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para ressaltar que a coisa julgada é um ato jurídico perfeito e acabado por excelência, porque emanado do Judiciário. A única relativização quanto a ela diz respeito à própria Carta da República, no que prevê a ação de impugnação autônoma, a rescisória. Não há outra possibilidade de flexibilizar-se o instituto.

Acompanho o relator.

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, só vou fazer uma pequena observação, porque essa matéria, depois que houve a alteração do Código de Processo Civil - é atual em vigor o de 73 -, tornouse muito controvertida, porque a Fazenda Pública entendia que, quando do advento da declaração de inconstitucionalidade, se poderia desconstituir a sentença mesmo depois do processo em execução. Então, o novo Código traz uma solução bem prática. Se a lei for declarada inconstitucional antes do trânsito em julgado da sentença que fundamentou aquela decisão, com base naquela lei, é possível arguir em embargos do executado a inconstitucionalidade. Se a declaração de inconstitucionalidade surge depois do trânsito em julgado, é preciso, efetivamente, promover uma ação rescisória, e, evidentemente, que a estratégia é a promoção da ação rescisória com pedido de suspensão da execução.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim. E observados os requisitos para a rescisória, não é?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, mas, de toda sorte, há um dispositivo que permite ao Supremo Tribunal Federal, na declaração da inconstitucionalidade, modular os efeitos para não atingir os processos já julgados, porque isso violaria a segurança jurídica. E a nossa jurisprudência é nesse sentido. Então, o novo Código consagrou o que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo, hoje em dia, em prol da proteção da segurança jurídica.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – A propósito dessa observação sobre o novo Código, aqui o que se discute é saber se, relativamente à sentença transitada em julgado no passado, é necessário ou não ação rescisória, quando há uma superveniente declaração de inconstitucionalidade numa ação direta. Essa é a questão.

O Código atual não é explícito. O novo Código é explícito, dizendo que, nesse caso, quanto à ação rescisória, o prazo de rescisória começa a contar da data da decisão do Supremo. Então, no regime do novo Código, haverá um termo inicial do prazo diferente para ação rescisória, mas isso rea-

firma a necessidade de haver uma ação rescisória.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também eu, Senhor Presidente, **acompanhando** *o substancioso voto* do eminente Relator, **nego provimento** ao presente recurso extraordinário.

Observo, *por relevante*, que o eminente Relator, **ao examinar** este caso, **destacou** que se passaram *mais de dois anos* **entre** o trânsito em julgado da sentença **que confirmou**, "*incidenter tantum*", **a validade constitucional** do art. 9º da MP nº 2.164-41 (**que acrescentou** o art. 29-C à Lei nº 8.036/90) **e** o julgamento plenário, *por esta Corte Suprema*, que, *em sede de controle normativo abstrato*, **reconheceu a inconstitucionalidade** daquela regra legal (**ADI** 2.736/DF).

O cotejo entre as datas em que tais fatos processuais ocorreram (**trânsito em julgado** da sentença **em 16/05/2006**, *de um lado*, **e o julgamento declaratório** de inconstitucionalidade proferido na **ADI** 2.736/DF **em 08/09/2010**, *de outro*), **revela** que o ato sentencial em questão **apresenta-se** revestido, *no caso ora em exame*, **da autoridade da coisa julgada**, *o que o torna insuscetível de reforma*, **eis que não mais se apresenta viável**, *na espécie*, **sequer** a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória *como meio autônomo de impugnação*, **em razão** do decurso do prazo decadencial de 02 (dois) anos **a que alude** o art. 495 do CPC.

Cabe insistir na asserção **de que a superveniência** de julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal *em sede de fiscalização normativa abstrata*, **quer declarando** *a inconstitucionalidade*, **quer reconhecendo** *a constitucionalidade* de determinado diploma normativo, **não se qualifica**, *por si só*, **como fator de invalidação** da sentença **proferida** *em momento anterior*, **pois indispensável**, *em tal caso*, **a utilização**, *pela parte interessada*, do sistema recursal **ou**, *em caso de trânsito em julgado*, **o ajuizamento**, no prazo decadencial de 02 (dois) anos, **da pertinente** ação rescisória.

A **colenda** Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o RE 592.912-AgR/RS**, *de que eu próprio fui Relator*, **proferiu** decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> "***RECURSO EXTRAORDINÁRIO*** *–* ***COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL*** *– INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE* ***E*** *COERCIBILIDADE:* ***ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM*** *OS EFEITOS* ***RESULTANTES*** *DO COMANDO SENTENCIAL –* ***PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA*** *A AUTORIDADE DA COISA JULGADA –* ***EXIGÊNCIA*** *DE CERTEZA* ***E*** *DE SEGURANÇA JURÍDICAS –* ***VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES*** *AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA 'RES JUDICATA' – '****TANTUM JUDICATUM***

***QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT*' – *CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO** DE CONTROVÉRSIA **JÁ APRECIADA** EM DECISÃO **TRANSITADA** EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **A QUESTÃO** DO ALCANCE **DO PARÁGRAFO ÚNICO** DO ART. 741 DO CPC – **MAGISTÉRIO DA DOUTRINA** – RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.*

– A sentença de mérito **transitada** em julgado **só pode** ser desconstituída **mediante** ajuizamento **de específica** ação autônoma de impugnação (**ação rescisória**) **que haja sido proposta** na fluência do prazo decadencial **previsto** em lei, **pois**, com o exaurimento de referido lapso temporal, **estar-se-á** diante da coisa soberanamente julgada, **insuscetível** de ulterior modificação, **ainda** que o ato sentencial **encontre fundamento** em legislação que, **em momento posterior**, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, **quer** em sede de controle abstrato, **quer** no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

– **A superveniência** de decisão do Supremo Tribunal Federal, **declaratória** de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, **ainda que impregnada** de eficácia 'ex tunc' – **como sucede**, ordinariamente, com os julgamentos proferidos **em sede** de fiscalização concentrada (**RTJ** 87/758 – **RTJ** 164/506-509 – **RTJ** 201/765) –, **não se revela apta**, só por si, **a desconstituir** a autoridade da coisa julgada, **que traduz**, em nosso sistema jurídico, **limite insuperável** à força retroativa **resultante** dos pronunciamentos que emanam, 'in abstracto', da Suprema Corte. **Doutrina**. **Precedentes**.

– ***O significado** do instituto da coisa julgada material **como expressão** da própria supremacia do ordenamento constitucional **e como elemento inerente** à existência do Estado Democrático de Direito.*"

(**RE 592.912-AgR/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Torna-se importante destacar, *neste ponto*, **tal como fiz consignar** *em referido julgamento*, **o alto significado** de que se reveste, *em nosso sistema jurídico*, **o instituto** da "*res judicata*", **que constitui** atributo específico da jurisdição **e que se projeta** na dupla qualidade **que tipifica** os efeitos emergentes do ato sentencial: **a imutabilidade**, *de um lado*, **e a coercibilidade**, *de outro*.

A proteção constitucional **dispensada** à coisa julgada em sentido material **revela-se** *tão intensa* **que impede sejam alterados** os atributos que lhe são inerentes, **a significar**, *como já salientado*, **que nenhum** ato estatal *posterior* **poderá**, *validamente*, **afetar-lhe** a integridade.

Esses atributos que caracterizam *a coisa julgada em sentido material*, **notadamente** a imutabilidade dos efeitos inerentes ao comando sentencial, **rece-**

bem, *diretamente*, **da própria** Constituição **especial proteção** destinada a preservar a inalterabilidade dos pronunciamentos **emanados** dos Juízes e Tribunais, **criando**, *desse modo*, **situação** de certeza, de estabilidade **e** de segurança para as relações jurídicas.

É por essa razão que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ("**Curso de Direito Processual Civil**", vol. I/539-540, item n. 509, 51ª ed., 2010, Forense), **discorrendo** sobre o fundamento da autoridade da coisa julgada, **esclarece** que o legislador, **ao instituir** a "*res judicata*", **objetivou atender**, tão somente, "*uma exigência de ordem prática (...), de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário*", **expressando**, *desse modo*, **a verdadeira** razão de ser do instituto em questão: **preocupação em garantir** a segurança nas relações jurídicas **e em preservar** a paz no convívio social.

Mostra-se *tão intensa* **a intangibilidade** da *coisa julgada*, **considerada** a própria disciplina constitucional que a rege, **que nem mesmo** lei posterior – **que haja alterado** (**ou**, *até mesmo*, **revogado**) prescrições normativas que tenham sido aplicadas, **jurisdicionalmente**, na resolução do litígio – **tem o poder de afetar ou de desconstituir** a autoridade da coisa julgada.

Daí o preciso magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Manual de Direito Processual Civil**", vol. III/329, item n. 687, 2ª ed./2ª tir., 2000, Millennium Editora) **em torno** *das relações entre a coisa julgada* **e** *a Constituição*:

> "***A coisa julgada cria***, *para a segurança dos direitos subjetivos,* ***situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar*** *– é o que se infere do art. 5º, XXXVI, da Lei Maior.* ***E sob esse aspecto*** *é que se pode qualificar a 'res iudicata'* ***como garantia constitucional*** *de tutela a direito individual.*
> ***Por outro lado****, essa garantia,* ***outorgada na Constituição****, dá mais ênfase* **e** *realce àquela da tutela jurisdicional,* ***constitucionalmente*** *consagrada, no art. 5º, XXXV,* ***para a defesa*** *de direito* ***atingido*** *por ato lesivo,* ***visto que a torna intangível*** *até mesmo em face de 'lex posterius',* ***depois*** *que o Judiciário* ***exaure*** *o exercício da referida tutela,* ***decidindo e compondo*** *a lide.*" (**grifei**)

Não custa enfatizar, *de outro lado*, **na perspectiva** *da eficácia preclusiva* da "*res judicata*", que, **mesmo em sede de execução**, *não mais se justifica* **a renovação** do litígio que foi objeto de resolução no processo de conhecimento, **especialmente quando** a decisão que apreciou a controvérsia **apresenta-se revestida** da autoridade da coisa julgada, **hipótese em que**, nos termos **do art. 474** do CPC, "***reputar-se-ão*** *deduzidas* **e** *repelidas* ***todas*** *as alegações* **e** *defesas que a parte* ***poderia*** *opor (...) à rejeição do pedido*" (**grifei**).

Cabe ter presente, *neste ponto*, **a advertência** da doutrina (NELSON NERY JUNIOR/ROSA MARIA ANDRADE NERY, "**Código de Processo Civil Comentado**", p. 709, 10ª ed., 2007, RT), **cujo magistério** – em lição **plenamente** aplicável ao caso ora em exame – **assim analisa** o princípio do "*tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debebat*":

> "**Transitada em julgado** a sentença de mérito, **as partes ficam impossibilitadas** de alegar **qualquer outra** questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. A norma **reputa repelidas** todas as alegações que as partes **poderiam** ter feito na petição inicial **e** contestação a respeito da lide **e não o fizeram**. Isto quer significar **que não se admite** a propositura **de nova** demanda **para rediscutir** a lide, com base **em novas** alegações." (**grifei**)

Esse entendimento – que sustenta a **extensão** da autoridade da coisa julgada em sentido material **tanto** ao que foi **efetivamente** arguido **quanto** ao que **poderia** ter sido alegado, *mas não o foi*, **desde** que, *porém*, tais alegações e defesas **se contenham** no objeto do processo – **também encontra apoio** no magistério doutrinário **de outros** eminentes autores, **tais como** HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ("**Curso de Direito Processual Civil**", vol. I/550-553, itens ns. 516/516-a, 51ª ed., 2010, Forense), VICENTE GRECO FILHO ("**Direito Processual Civil Brasileiro**", vol. 2/267, item n. 57.2, 11ª ed., 1996, Saraiva), MOACYR AMARAL SANTOS ("**Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**", vol. 3/56, item n. 754, 21ª ed., 2003, Saraiva), EGAS MONIZ DE ARAGÃO ("**Sentença e Coisa Julgada**", p. 324/328, itens ns. 224/227, 1992, Aide) **e** JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Manual de Direito Processual Civil**", vol. III/332, item n. 689, 2ª ed., 2000, Millennium Editora).

Lapidar, *sob tal aspecto*, a **autorizadíssima** lição de ENRICO TULLIO LIEBMAN ("**Eficácia e Autoridade da Sentença**", p. 52/53, item n. 16, nota de rodapé, **tradução** de Alfredo Buzaid/Benvindo Aires, 1945, Forense), **que**, **ao referir-se** ao tema **dos limites objetivos** da coisa julgada, **acentua** que esta **abrange** "*tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser*":

> "*(...)* ***se*** *uma questão* ***pudesse*** *ser discutida no processo,* ***mas de fato não o foi***, ***também a ela se estende****, não obstante,* ***a coisa julgada****, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo.* ***Por exemplo****, o réu* ***não opôs*** *uma série de deduções defensivas que* ***teria*** *podido opor, e foi condenado.* ***Não poderá ele*** *valer-se daquelas deduções* ***para contestar*** *a coisa julgada. A finalidade prática do instituto* ***exige*** *que a coisa julgada permaneça firme,* ***embora*** *a discussão das questões relevantes tenha sido* ***eventualmente*** *incompleta;*

> ***absorve ela**, desse modo, necessariamente, **tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser**.*" (**grifei**)

A necessária observância *da autoridade da coisa julgada* **representa** expressivo consectário da ordem constitucional, **que consagra**, entre os **vários** princípios que dela resultam, **aquele** *concernente à segurança jurídica*.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, **por mais de uma vez**, **já fez consignar advertência** que põe em destaque **a essencialidade** *do postulado da segurança jurídica* **e a consequente imprescindibilidade** de amparo **e** tutela das relações jurídicas definidas por decisão **transitada** em julgado:

> "***O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS IRRECORRÍVEIS IMPÕE-SE AO PODER PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL INDERROGÁVEL***.
> **A exigência de respeito incondicional** às decisões judiciais **transitadas** em julgado **traduz imposição constitucional justificada** pelo princípio da separação de poderes **e fundada** nos postulados **que informam**, em nosso sistema jurídico, **a própria concepção** de Estado Democrático de Direito. **O dever de cumprir** as decisões **emanadas** do Poder Judiciário, **notadamente** nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário **o próprio** Poder Público, **muito mais** do que simples incumbência de ordem processual, **representa uma incontornável** obrigação institucional **a que não se pode subtrair** o aparelho de Estado, **sob pena** de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República.
> ***A desobediência** a ordem **ou** a decisão judicial **pode** gerar, em nosso sistema jurídico, **gravíssimas** conseqüências, **quer** no plano penal, **quer** no âmbito político-administrativo (possibilidade de 'impeachment'), **quer**, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de **intervenção federal** nos Estados-membros **ou** em Municípios **situados** em Território Federal, **ou** de **intervenção estadual** nos Municípios).*"
> (**RTJ 167/6-7**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

O que se revela incontroverso, *nesse contexto*, **é que a exigência de segurança jurídica**, *enquanto expressão do Estado Democrático de Direito*, **mostra-se impregnada** *de elevado conteúdo ético*, *social* **e** *jurídico*, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **mesmo** *as de direito público* (**RTJ 191/922**, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), **em ordem a viabilizar** a incidência desse **mesmo** princípio sobre comportamentos **de qualquer** dos Poderes **ou** órgãos do Estado, **para que se preservem**, *desse modo*, **situações consolidadas e protegidas** pelo fenômeno da "*res judicata*".

Importante referir, *no ponto*, **em face** de sua extrema pertinência, **a aguda observação** de J. J. GOMES CANOTILHO

("**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 250, 1998, Almedina):

> "*Estes **dois** princípios – **segurança jurídica e protecção da confiança** – andam **estreitamente** associados **a ponto** de alguns autores considerarem **o princípio** da protecção de confiança **como um subprincípio ou como uma dimensão específica** da segurança jurídica. **Em geral**, considera-se **que a segurança jurídica** está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – **garantia** de estabilidade jurídica, **segurança** de orientação **e realização** do direito – **enquanto a protecção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, **designadamente** a calculabilidade **e** previsibilidade dos indivíduos **em relação aos efeitos jurídicos** dos actos dos poderes públicos. **A segurança e a protecção da confiança** exigem, no fundo: (**1**) **fiabilidade**, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (**2**) **de forma que** em relação a eles o cidadão **veja garantida** a segurança nas suas disposições pessoais **e nos efeitos jurídicos** dos seus próprios actos. **Deduz-se** já que os postulados da segurança jurídica **e** da proteção da confiança **são exigíveis** perante '**qualquer acto**' **de** '**qualquer poder**' – legislativo, executivo **e** judicial.*" (**grifei**)

Nem se diga, *ainda*, **para legitimar** a pretensão jurídica da parte ora recorrente, que esta **poderia** invocar, *em seu favor*, **a tese** da "*relativização*" da autoridade da coisa julgada, **em especial** da (impropriamente) *denominada* "*coisa julgada inconstitucional*", **como sustentam** alguns autores (JOSÉ AUGUSTO DELGADO, "**Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**", "*in*" **Revista de Processo** nº 103/9-36; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "**Relativizar a Coisa Julgada Material**", "*in*" **Revista de Processo** nº 109/9-38; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "**A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional** (**Código de Processo Civil, artigo 741**, **Parágrafo Único**)", "*in*" **Revista dos Tribunais**, vol. 841/56/76, ano 94; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER **e** JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, "**O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização**", 2003, RT, *v.g.*).

Tenho para mim que essa postulação recursal, **se** admitida, **antagonizar-se-ia** com a proteção jurídica **que a ordem constitucional** dispensa, **em caráter tutelar**, à "*res judicata*".

Na realidade, **a desconsideração** da "*auctoritas rei judicatae*" **implicaria** grave enfraquecimento de uma **importantíssima** garantia constitucional **que surgiu**, *de modo expresso*, **em nosso** ordenamento positivo, com a Constituição de 1934.

A **pretendida** "*relativização*" da coisa julgada – **tese** que tenho repudiado em **diversos** jul-

gamentos (monocráticos) proferidos no Supremo Tribunal Federal (**RE** 554.111/RS – **RE** 594.350/RS – **RE** 594.892/RS – **RE** 594.929/RS – **RE** 595.565/RS) – **provocaria** consequências **altamente** lesivas *à estabilidade* das relações intersubjetivas, *à exigência* de certeza **e** de segurança jurídicas **e** *à preservação* do equilíbrio social, **valendo destacar**, em face da absoluta **pertinência** de suas observações, **a advertência** de ARAKEN DE ASSIS ("**Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional**", "*in*" **Revista Jurídica** nº 301/7-29, **12-13**):

> "***Aberta** a janela, **sob o pretexto** de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, **não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão** às iniciativas do vencido. **O vírus do relativismo contaminará**, fatalmente, **todo** o sistema judiciário. **Nenhum veto**, 'a priori', **barrará o vencido** de desafiar **e** afrontar o resultado precedente **de qualquer** processo, **invocando hipotética** ofensa deste **ou** daquele valor da Constituição. **A simples possibilidade** de êxito do intento revisionista, **sem** as peias da rescisória, **multiplicará os litígios**, nos quais o órgão judiciário de 1º grau **decidirá**, preliminarmente, **se** obedece, **ou** não, **ao pronunciamento transitado em julgado** do seu Tribunal **e até**, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. **Tudo**, naturalmente **justificado** pelo respeito obsequioso à Constituição **e baseado na volúvel** livre convicção do magistrado inferior.*
>
> ***Por tal motivo**, **mostra-se flagrante o risco** de se perder **qualquer** noção de segurança **e** de hierarquia judiciária. **Ademais**, **os litígios jamais acabarão**, renovando-se, a todo instante, **sob o pretexto** de ofensa a este ou aquele princípio constitucional. **Para combater semelhante desserviço à Nação**, **urge** a intervenção do legislador, **com o fito de estabelecer**, **previamente**, as situações em que a eficácia de coisa julgada **não opera** na desejável **e** natural extensão **e** o remédio adequado para retratá-la (...). **Este** é o caminho promissor **para banir** a insegurança do vencedor, a afoiteza **ou** falta de escrúpulos do vencido **e o arbítrio** e os casuísmos judiciais.*" (**grifei**)

Esse mesmo entendimento – **que rejeita** a "*relativização*" da coisa julgada em sentido material – **foi exposto**, em lapidar abordagem do tema, por NELSON NERY JUNIOR **e** ROSA MARIA DE ANDRADE NERY ("**Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**", p. 715/717, itens ns. 28 e 30, **e** p. 1.132, item n. 14, 11ª ed., 2010, RT):

> "***28. Coisa julgada material e Estado Democrático de Direito**. A doutrina mundial **reconhece** o instituto da coisa julgada material **como** '**elemento de existência**' do Estado Democrático de Direito (...). **A** '**supremacia** da Constituição' **está na própria** coisa julgada,*

enquanto manifestação *do Estado Democrático de Direito,* ***fundamento*** *da República (***CF** *1.º 'caput'),* ***não sendo princípio*** *que possa opor-se à coisa julgada* ***como se esta*** *estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional.* ***Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar*** *ao instituto tratamento jurídico inferior,* ***de mera figura*** *do processo civil,* ***regulada*** *por lei ordinária,* ***mas****, ao contrário,* ***impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja****, de elemento formador do Estado Democrático de Direito,* ***que não pode ser apequenado*** *por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência,* ***como é o caso*** *da sentença injusta, repelida como irrelevante (...)* ***ou*** *da sentença proferida contra a Constituição* ***ou*** *a lei, igualmente considerada pela doutrina (...),* ***sendo que****, nesta última hipótese,* ***pode ser desconstituída*** *pela ação rescisória (***CPC** *485 V). (...)* ***O risco político*** *de haver sentença injusta* ***ou*** *inconstitucional no caso concreto* ***parece ser menos grave*** *do que o risco político* ***de instaurar-se*** *a insegurança geral* ***com a relativização*** *('****rectius****': desconsideração) da coisa julgada.*

.....

30. Controle da constitucionalidade da sentença. **Coisa julgada inconstitucional**. Os atos jurisdicionais do Poder Judiciário **ficam sujeitos** ao controle de sua constitucionalidade, como todos os atos de todos os poderes. **Para tanto**, o 'due process of law' desse controle tem de ser observado. **Há três formas** para fazer-se o controle interno, jurisdicional, da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário: **a**) **por recurso ordinário**; **b**) **por recurso extraordinário**; **c**) **por ações autônomas de impugnação**. Na **primeira** hipótese, tendo sido proferida decisão **contra** a CF, **pode ser impugnada** por recurso ordinário (agravo, apelação, recurso ordinário constitucional etc.) **no qual** se pedirá a anulação ou a reforma da decisão inconstitucional. O **segundo** caso é de decisão de única **ou** última instância **que ofenda** a CF, **que poderá ser impugnada** por RE para o STF (**CF** 102 III 'a'). **A terceira e última** oportunidade **para controlar-se a constitucionalidade** dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário **ocorre** quando a decisão de mérito **já tiver transitado** em julgado, **situação em que poderá ser impugnada por ação rescisória** (**CPC** 485 V) **ou revisão criminal** (**CPP** 621). **Passado** o prazo de dois anos **que a lei estipula** (**CPC** 495) **para exercer-se** o direito de rescisão de decisão de mérito **transitada** em julgado (**CPC** 485), **não é mais possível fazer-se** o controle judicial da constitucionalidade de sentença **transitada** em julgado. **No século XXI não mais se justifica** prestigiar **e** dar-se aplicação a institutos como os da 'querela nullitatis insanabilis' **e** da'praescriptio immemorialis'. **Não se permite** a reabertura, a **qualquer** tempo, **da discussão** de lide **acobertada** por

sentença **transitada** em julgado, **ainda que sob pretexto** de que a sentença **seria** inconstitucional. **O controle da constitucionalidade** dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário **existe**, **mas deve ser feito de acordo com o devido processo legal**.

.....

14. Inconstitucionalidade material do CPC 741 par. ún. Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada*. Esse título judicial **goza** de proteção constitucional, **que emana** diretamente do Estado Democrático de Direito (**CF** 1º 'caput'), **além de possuir** dimensãode garantia constitucional fundamental (**CF** 5º XXXVI). **Decisão** '**posterior**', ainda que do STF, **não poderá atingir** a coisa julgada **que já havia sido formada e dado origem** àquele título executivo judicial. **A decisão** do STF **que declara inconsti-tucional** lei ou ato normativo **tem eficácia retroativa** 'ex tunc', **para atingir** situações **que estejam se desenvolvendo** com fundamento nessa lei. **Essa retroatividade tem como limite a** '**coisa julgada**' (Canotilho. 'Dir. Const.', p. 1013/1014). **Não pode alcançar**, portanto, **as relações jurídicas firmes**, sobre as quais **pesa** a 'auctoritas rei iudicatae', **manifestação** do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) **e garantia constitucional fundamental** (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). **A esse respeito**, **ressalvando a coisa julgada** dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, **embora** nem precisasse fazê-lo, **é expressa** a CF portuguesa (art. 282, n. 3, 1ª parte). **Caso se admita** a retroação prevista na norma ora comentada como possível, **isso caracterizaria ofensa direta** a dois dispositivos constitucionais: **CF** 1º 'caput' (Estado Democrático de Direito, **do qual a coisa julgada** é manifestação) **e** 5º XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada). **A norma**, instituída pela L 11232/05, **é**, portanto, **materialmente inconstitucional**. **Não se trata** de privilegiar o instituto da coisa julgada **sobrepondo-o** ao princípio da supremacia da Constituição (...). **A coisa julgada é a própria Constituição Federal**, **vale dizer**, **manifestação**, dentro do Poder Judiciário, **do Estado Democrático de Direito** (**CF** 1º 'caput'), **fundamento da República**." (**grifei**)

Absolutamente correto, *pois*, **o magistério** de autores – **como** JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("**Considerações Sobre a Chamada** '**Relativização**' **da Coisa Julgada Material**" "*in*" **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** nº 62/43-69); ROSEMIRO PEREIRA LEAL ("**Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**", p. 3/22, 2005, Del Rey); SÉRGIO GILBERTO PORTO ("**Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada**" "*in*" **Revista Jurídica** nº 304/23-

31) **e** LUIZ GUILHERME MAR INONI **e** DANIEL MITIDIERO ("**Código de Processo Civil**", p. 716/717, item n. 9, 2ª ed., 2010, RT) – **que repudiam a tese segundo a qual** mostrar-se-ia viável a "*relativização*" da autoridade da coisa julgada, **independentemente** da utilização *ordinária* da ação rescisória, **valendo relembrar**, *no ponto*, **a advertência** de LEONARDO GRECO ("**Eficácia da Declaração 'Erga Omnes' de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior**" "*in*" "**Relativização da Coisa Julgada**", p. 251/261, 2ª ed./2ª tir., 2008, JusPODIVM), **para quem se revelam conflitantes** com a garantia constitucional da "*res judicata*" **as regras legais que autorizam a desconsideração** da coisa julgada material **em face** de declaração de inconstitucionalidade (**ou** de uma nova interpretação constitucional) **emanada** do Supremo Tribunal Federal, **à semelhança** do que prescrevem, *p. ex.*, o art. 475-L, § 1º, **e** o art. 741, parágrafo único, **ambos** do Código de Processo Civil:

> "***2. Para examinar o conflito entre a coisa julgada e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, assim como para avaliar*** *se a demonstrada vulnerabilidade da coisa julgada* ***é compatível*** *com o Estado Democrático de Direito* ***instituído*** *entre nós* ***a partir*** *da Constituição de 1988,* ***considero necessário assentar*** *uma segunda premissa,* ***ou seja, se*** *a coisa julgada* ***é um direito fundamental ou uma garantia de direitos fundamentais e,*** *como tal,* ***se*** *a sua preservação é um valor humanitário* ***que mereça ser preservado*** *em igualdade de condições* ***com todos*** *os demais constitucionalmente assegurados;* ***ou, se,*** *ao contrário,* ***é apenas*** *um princípio* ***ou*** *uma regra de caráter técnico processual e de hierarquia infra-constitucional, que, portanto, deva ser preterida ao primado da Constituição e da eficácia concreta dos direitos fundamentais e das demais disposições constitucionais.*
>
> .....
>
> **Todavia**, **parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental** e, como tal, **um verdadeiro direito fundamental**, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, **inscrito** como valor **e** como direito **no preâmbulo e no 'caput'** do artigo 5º da Constituição de 1988. **A segurança não é apenas** a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, **mas também** e principalmente **a segurança jurídica**.
>
> .....
>
> **A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária** que o Estado de Direito **deve oferecer** a todo cidadão, **a respeito** de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.
>
> .....
>
> **A coisa julgada é**, assim, **uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica**.

Em recente estudo sobre as garantias fundamentais do processo, **recordei que**, na jurisdição de conhecimento, **a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva**. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário. **Se** o Estado **não oferecer** essa garantia, **a jurisdição nunca assegurará** em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. **Por outro lado**, **a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança** (artigo 5º, inciso I, da Constituição) **também dos demais cidadãos**, e não apenas das partes no processo em que ela se formou, **pois** todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente **devem poder confiar na certeza** desse direito **que resulta** da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.

.....

5. Com essas premissas, **parece-me claro que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade** em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal **não deve ter nenhuma influência** sobre **anteriores** sentenças **transitadas** em julgado **que tenham fundamento** em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional.

A segurança jurídica, como direito fundamental, **é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF**. O **único** instrumento processual **cabível** para essa anulação, **quanto** aos efeitos **já produzidos** pela sentença **transitada** em julgado, **é a ação rescisória**, **se ainda subsistir** o prazo para a sua propositura.

.....

Uma última palavra deve ser reservada à disposição **constante** da Medida Provisória 2.180/01, **mantida** em vigor pela Emenda Constitucional nº 32/01, **que ampliou a vulnerabilidade** da coisa julgada **através** dos embargos à execução, **com a introdução** de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, **tornando inexigível** a dívida **se** o título judicial se fundar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal **ou** em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. **Nela se nota a clara intenção de transpor** para o Direito brasileiro **a hipótese da parte final** do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, **que preserva os efeitos pretéritos** da coisa julgada, **mas impede** a execução futura. **Entretanto**, **o ilegítimo legislador governamental**, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, **ou seja**, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de

que não cabe qualquer repetição do que tiver sido recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional.
Tanto quanto aos efeitos pretéritos, **quanto aos efeitos futuros** da decisão proferida no controle concentrado, **parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741**, **que encontra obstáculo** na segurança jurídica **e** na garantia da coisa julgada, **salvo** quanto a relações jurídicas continuativas, **pois**, quanto a estas, **modificando-se** no futuro os fatos **ou** o direito, e no caso da declaração 'erga omnes' pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, **cessará** a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 741 do CPC.
***6. Em síntese, a segurança jurídica**, como direito fundamental, **assegurada** pela coisa julgada, **não permite**, como regra, **a propositura** de ação de revisão da coisa julgada **como conseqüência** da declaração de constitucionalidade **ou** de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.*" (**grifei**)

Cabe ter presente, *neste ponto*, **o que a própria** jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **vinha proclamando**, *já há quatro (4) décadas*, **a respeito da invulnerabilidade** da coisa julgada em sentido material, **enfatizando**, *em tom de grave advertência*, que sentenças **transitadas** em julgado, *ainda que inconstitucionais*, **somente** poderão ser invalidadas **mediante** utilização de meio instrumental adequado, **que é**, *no domínio processual civil*, **a ação rescisória**.

Com efeito, esta Suprema Corte, **já em 1968**, no julgamento **do RMS 17.976/SP**, Rel. Min. AMARAL SANTOS (**RTJ** 55/744), **proferiu** decisão **na qual reconheceu** a impossibilidade jurídico-processual **de válida** desconstituição da autoridade da coisa julgada, **mesmo** na hipótese de a sentença **transitada** em julgado **haver resolvido** o litígio **com fundamento em lei declarada inconstitucional**:

"*A suspensão da vigência da lei **por inconstitucionalidade** torna sem efeito todos os atos praticados **sob o império** da lei inconstitucional. **Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória**, **sendo impróprio** o mandado de segurança (...).*" (**grifei**)

Posteriormente, *em 1977*, o Supremo Tribunal Federal, **reafirmando** essa **corretíssima** orientação jurisprudencial, **fez consignar a inadmissibilidade** de embargos à execução **naqueles casos** em que a sentença **passada** em julgado **apoiou-se**, *para compor a lide*, **em lei posteriormente declarada inconstitucional** por esta Corte Suprema:

"*Recurso Extraordinário. **Embargos à execução** de sentença **porque baseada**, a decisão **trânsita** em julgado, **em lei posteriormente declarada***

> ***inconstitucional. A declaração da nulidade da sentença somente é possível via da ação rescisória. Precedentes*** *do Supremo Tribunal Federal. (...).*"
> (**RE 86.056/SP**, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN – **grifei**)

Vê-se, *a partir das considerações que venho de expor*, **que não se revela** *processualmente ortodoxo* **nem** *juridicamente adequado*, **muito menos** *constitucionalmente lícito*, **pretender-se** o reconhecimento **da inexigibilidade** de título judicial, **sob pretexto** de que a sentença **transitada** em julgado **fundamentou-se** *em lei posteriormente declarada inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal.

É que, *em ocorrendo tal situação*, a sentença de mérito **tornada** irrecorrível **em face** do trânsito em julgado **só pode** ser des-constituída **mediante** ajuiza-mento de uma **específica** *ação autônoma de impugnação* (**ação rescisória**), **desde** que utilizada esta, no entanto, *pelo interessado*, **no prazo decadencial** definido em lei, **pois**, *esgotado referido lapso temporal*, **estar-se-á** diante *da coisa soberanamente julgada*, **que se revela insus-cetível** *de modificação ulterior*, **ainda que haja sobrevindo julgamento** do Supremo Tribunal Federal **declaratório** de inconstitucionalidade da própria lei **em que baseado** o título judicial exequendo, **como observa** JOSÉ FREDERICO MARQUES (**"Manual de Direito Processual Civil"**, vol. III/344, item n. 698, 2ª ed./2ª tir., 2000, Millennium Editora):

> "***Passando em julgado*** *a sentença* ***ou*** *acórdão,* ***há um julgamento com força de lei*** *entre as partes,* ***a que estas se encontram vinculadas imutavelmente****.*
> **Permitido está**, no entanto, **que se ataque** a 'res iudicata' (...), **principalmente** através de ação rescisória. (...). **Esse prazo** é de decadência **e seu 'dies a quo'** se situa na data **em que ocorreu** a 'res iudicata' formal. (...).
> ***Decorrido o biênio sem*** *a propositura da rescisória,* ***há*** *coisa* ***'soberanamente'*** *julgada,* ***o que também se verifica depois*** *de transitada em julgado decisão* ***declarando improcedente*** *a rescisória.*" (**grifei**)

Em suma: **a decisão** do Supremo Tribunal Federal **que haja declarado inconstitucional**, *em momento posterior*, determinado diploma legislativo **em que se apoie** o ato sentencial **transitado** em julgado, **não obstante** impregnada de eficácia "*ex tunc*", **como sucede**, *ordinariamente*, com os julgamentos proferidos **em sede** de fiscalização concentrada (**RTJ** 87/758 – **RTJ** 164/506-509 – **RTJ** 201/765), **detém-se** *ante a autoridade da coisa julgada*, **que traduz**, *nesse contexto*, **limite insuperável** à força retroativa **resultante** dos pronunciamentos que emanam, "*in abstracto*", da Suprema Corte.

Sendo assim, **e em face** das razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso extraordinário.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Só um breve comentário, Presidente, doutrinário também.

Eu não teria dúvida de que a declaração de inconstitucionalidade, salvo modulação, ela retroage, produz efeitos **ex tunc**. Porém, não tem o efeito de desconstituir a coisa julgada já formada. Portanto, uma coisa é a eficácia abstrata da declaração de inconstitucionalidade, e outra coisa é a sua aptidão para desconstituir uma situação protegida, no caso, pela coisa julgada, que é uma regra que materializa o princípio da segurança jurídica.

De modo que também eu acho que, exaurido o prazo da ação rescisória, não há como se desconstituir. Portanto, estou acompanhando a conclusão do eminente Relator.

****

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, Presidente, surge uma problemática, considerada essa decisão do Supremo, a alusiva ao conflito do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil com a Carta da República...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas isso não está em jogo aqui, não é?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ... já que, pelo citado parágrafo, tem-se que considerar, no campo da execução do título judicial, a declaração superveniente de inconstitucionalidade pelo Supremo. O que revela o parágrafo é que não há mais a concretude, ante a declaração de inconstitucionalidade em processo diverso, do próprio título executivo judicial.

Então, adito o voto para assentar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Relator está de acordo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas isso estava em discussão?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Eu prefiro ler o meu voto. A questão é simples, se ficarmos limitados ao que se discute no recurso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acho que o art. 741 tem até questão com repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Acho que há uma ADI própria, não é?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Há, está comigo. Eu já liberei para julgamento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Gilmar, Vossa Excelência está com a palavra.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Mas são situações diferentes.

Eu prefiro ler meu voto, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não, eu acho que está encaminhado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, mas Vossa Excelência já distribuiu o voto?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – Todas essas distinções, inclusive essa que o Ministro Barroso está fazendo...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu ouviria com gosto o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda por cima, Presidente, o pano de fundo não é passível de ser enaltecido, já que se pretendem honorários advocatícios que foram negados, considerado o título judicial que transitou em julgado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, aqui me parece que a questão, tal como está posta, explicita uma qualidade da declaração de nulidade. A declaração de nulidade, como nós sabemos, produz, desde logo, a cessação da ultra-atividade no plano normativo – a lei não mais se aplica - e cria condições para eventual retroação; significa, eventual desfazimento dos atos praticados, os atos concretos. Em se tratando de sentença, esse desfazimento há de se fazer ortodoxamente mediante ação rescisória. Ora, passado o prazo da ação rescisória, não há cogitar de um desfazimento. Poderia ser um ato não mais suscetível de impugnação. Nós temos muitas questões ligadas, por exemplo, à declaração de inconstitucionalidade de lei tributária, lei que tem uma imposição tributária. Depois de vinte anos, descobre-se que uma lei é inconstitucional. É claro que nós vamos ter que entrar com a ação de repetição de indébito apenas naquele prazo passível de impugnação. Portanto, o ato concreto se autonomiza na ordem jurídica, a despeito da declaração de nulidade. Não há essa retroação total. É exatamente isso que o voto do Ministro...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Meu voto tem três páginas. Se os Colegas permitirem...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, Vossa Excelência está com a palavra.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Eu acho que a esta altura é importante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu peço desculpas a Vossa Excelência, porque eu pensava que Vossa Excelência já havia lido o voto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Eu não li o voto, não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência está com a palavra. Peço escusas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR)- Eu só fiz até agora um resumo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, peço a palavra para retificar, em parte, o voto.

É que imaginei estivesse envolvida – por isso, evoquei o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil – a Fazenda Pública, mas não está. Muito embora se trate de integrante da Administração Indireta, pessoa jurídica de direito privado, a Caixa Econômica Federal, empresa pública, não se aplica ao caso o artigo 741 aludido, restrito que é às situações jurídicas em que se tem execução contra a Fazenda.

Então, retiro o que consignei sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, eu estou de pleno acordo com a tese.

Só sugeriria, Ministro Teori, onde Vossa Excelência diz "sentença", se lhe parecer bem, mudar para "decisões", para ficarmos com o gênero, não é? Porque "sentença" seria só de Primeiro Grau e frequentemente são acórdãos transitados em julgado. Mas eu estou de pleno acordo com a tese, que acho que está muito ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Decisão interlocutória de mérito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Perdão?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Decisão interlocutória de mérito também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois é. Então, colocamos a reforma ou rescisão das decisões judiciais anteriores, ou decisões, como parecer bem. Mas achei que a tese está muito feliz na formulação e minimalista e objetiva. Eu acompanho.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Após o relatório e a sustentação oral, pela recorrida Caixa Econômica Federal - CEF, do Dr. Murilo Oliveira Leitão**,** OAB/ DF 17.611, o julgamento foi sobrestado. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, de palestra e compromissos na República Italiana e do Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das Eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido; justificadamente, o Ministro Luiz Fux, e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 07.05.2015.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema **733 da Repercussão Geral,** negou provimento ao recurso extraordinário. Fixada a tese com o seguinte teor: "A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de

ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)". Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 28.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

Supremo Tribunal Federal

Repercussão geral. Concurso público. Limites da intervenção judicial. [1]

EMENTA OFICIAL

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, apreciando do Tema 485 da repercussão geral, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Vencido o ministro Marco Aurélio que dele não conhecia e, superada a questão, negava-lhe provimento.

Brasília, 23 de abril de 2015.
Ministro GILMAR MENDES
Relator
RE 632.853 / CE. DJE 29/06/2015.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Ceará, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará ementado nos seguintes termos:

> "APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ORDINÁRIA CONCURSO PÚBLICO EXAME DAS QUESTÕES OBJETIVAS DO CERTAME QUESITOS QUE ADMITEM MAIS DE UMA RESPOSTA COMO CORRETA NULIDADE EDITAL COM INDICAÇÃO DE LITERATURA RESPOSTAS QUE NÃO SE REGEM PELAS REGRAS EDITALÍCIAS IMPOSSIBILIDADE APELAÇÕES CONHECIDAS E IMPROVIDAS. I - O concurso público, de provas e títulos, rege-se pelos princípios das legalidade, da moralidade e da razoabilidade. II - Destarte, não se mostram razoáveis os quesitos da prova ob-

[1] Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3992645

> jetiva que apresentam mais de uma resposta como correta. III - Neste sentir, tal situação malfere o princípio da moralidade pública. IV - Igualmente, com aplicação do princípio da legalidade, não pode o concurso público deixar de dar observância estrita ao Edital. V - Neste caso, muito embora o Edital do Certame indicasse literatura própria às matérias a serem submetidas aos certamistas, descon-siderou a doutrina indicada em prol de pesquisadores diversos, o que lhe é defeso. VI - Apelação desprovida. VII - Remessa oficial desacolhida. VIII - Sentença hostilizada inalterada". (Fls. 67-68).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal de origem. Dei provimento ao agravo de instrumento para convertê-lo neste recurso extraordinário.

Na espécie, o Tribunal de origem, por maioria, confirmou a sentença que anulou as questões objetivas 23, 25, 26, 27, 29, 39, 42, e 48 do *1º Concurso Público Unificado de Base Local no Estado/ Programa Saúde da Família de Provas e Títulos para o Cargo de Enfermeiro*, por dois motivos: primeiro, por entender que possuem mais de uma resposta; segundo, por depreender que o examinador desconsiderou a literatura indicada no edital, optando por outros doutrinadores.

A controvérsia constitucional a ser analisada refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que profere avaliação de questões em concurso público.

Em 7.10.2011, a repercussão geral do tema foi reconhecida, conforme ementa a seguir:

> "REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JUDICIAL DE QUESTÕES E CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE PROVAS. A questão referente à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o mérito das questões em concurso público possui relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos das partes. Repercussão geral reconhecida".

No recurso extraordinário, alega-se violação aos artigos 2º e 5º, *caput,* da Constituição Federal.

Nas razões recursais, o ente federado defende, em síntese, violação ao princípio da separação dos poderes, ao fundamento de que é vedado ao Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo e rever critérios de correção e de avaliação impostos pela banca examinadora.

Ademais, sustenta violação aos princípios da isonomia e da moralidade, uma vez que atribuiu pontos a determinado candidato em detrimento dos demais.

Em contrarrazões ao recurso extraordinário, a recorrida defende, em suma, que a controvérsia não ofende a Constituição Federal e não ultrapassa os limites ob-

jetivos da causa. Ademais, aduz que o Juízo *a quo* apenas aplicou, conforme requerido, o Enunciado 684 da Súmula desta Corte, *in verbis: "É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público."*, uma vez que a banca examinadora não motivou o veto dos recursos administrativos.

A Procuradoria–Geral da Republica manifestou-se pelo parcial provimento do recurso extraordinário, em síntese, com base nas seguintes razões:

> "Verifica-se, compulsando os autos, sobretudo na sentença de 1º grau (fls. 649/719), que as instâncias ordinárias extrapolaram a análise da legalidade das questões, porquanto competia tão somente analisar lesão ou ameaça a direito decorrente de ilegalidade do edital ou da não observância pela Comissão Examinadora das regras do edital, no entanto acabou por substituir à banca examinadora do concurso público no reexame dos critério de correção das provas e do conteúdo das questões formuladas.
> Destarte, deveriam *in casu*, as instâncias ordinárias ter se restringido apenas à análise da (des)conformidade da questão com o conteúdo da doutrina recomendada prevista no edital, o que não ocorreu". (Fl. 844).

Deferi o ingresso da União, do Estado do Rio Grande do Sul e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na qualidade de *amici curiae*.

Posteriormente, determinei a inclusão do processo em pauta para trazê-lo a julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Discute-se nestes autos a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que corrige questões de concurso público.

No caso dos autos, as recorridas ajuizaram ação ordinária com pedido de tutela antecipada com o objetivo de declarar a nulidade de dez questões do concurso público para provimento do cargo de enfermeiro da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará, ao fundamento de que não houve respostas ao indeferimento dos recursos administrativos.

Requereram, ainda, a aplicação do Enunciado 684 da Súmula desta Corte, cujo teor é o seguinte: "*É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público*".

Ademais, defendem que as questões impugnadas possuem mais de uma assertiva correta, uma vez que o gabarito divulgado contraria leis federais, conceitos oficiais do Ministério da Saúde, da ANVISA, dos manuais técnicos de enfermagem e da própria doutrina recomendada pelo edital do concurso.

O acórdão recorrido confirmou a sentença que declarou nula as questões objetivas 23, 25, 26, 27, 29, 39, 42 e 48 do concurso, por

entender que elas possuem mais de uma alternativa correta, conforme a doutrina indicada no edital do certame.

É antiga a jurisprudência desta Corte no sentido de que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Quando do julgamento do MS 21.176, ainda em 19.12.1990, o min. Aldir Passarinho assim se pronunciou sobre o tema:

> "(...) incabível que se possa pretender que o Judiciário – mormente em tema de mandado de segurança – possa substituir-se à Banca Examinadora para dizer se tal ou qual questão foi bem respondida, que tal ou qual questão poderia ter mais de uma resposta.
> Os critérios adotados pela Banca Examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário, salvo se houver ilegalidade ou inconstitucionalidade, o que no caso não ocorre.
> E nem se torna possível que a Justiça possa fazer revisões de provas para dizer do maior ou menos acerto das respostas aos quesitos formulados".

Nessa mesma oportunidade, o min. Carlos Velloso teceu as seguintes considerações em seu voto:

> "Na verdade, não é possível ao Tribunal substituir-se à banca examinadora. O que se exige é que se dê tratamento igual a todos os candidatos. Isso parece que foi dado, nenhum candidato argumentou em sentido contrário.
> Em direito, nem sempre há uniformidade. De modo que, adotando a banca uma certa opção e exigindo de todos e a todos aplicando o mesmo tratamento, isto é o bastante".

Nesse sentido, confira-se a ementa do MS 21.408, rel. min. Moreira Alves, DJ 29.5.1992, julgado pelo Plenário desta Corte:

> "Mandado de Segurança. Concurso para procurador da republica. - Estando o arredondamento de notas expressamente vedado no regulamento do concurso - e essa norma não foi sequer atacada na inicial -, não pode ele ser pleiteado com base em lei que não é federal, mas, ao que tudo indica estadual (a Lei 4.264/84 do Estado da Bahia), que é inaplicável a concurso para o ingresso no quadro do Ministério Público Federal. - No mandado de segurança 21.176, não só se teve como constitucional e legal o critério de penalização, com o cancelamento de respostas certas, nas provas de múltipla escolha, como também se considerou não caber ao Poder Judiciário substituir-se a Banca Examinadora para decidir se a resposta dada a uma questão, foi, ou não, correta, ou se determinada questão teria, ou não, mais de uma resposta dentre as oferecidas a escolha do candidato. Mandado de segurança que se indefere, cassando-se a liminar anteriormente concedida".

No mesmo sentido, também julgado em Plenário, o MS 27.260, redatora do acórdão min. Cármen Lúcia, DJe 26.3.2010:

> "CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DA REPÚBLICA. PROVA OBJETIVA: MODIFICAÇÃO DO GABARITO PRELIMINAR. REPROVAÇÃO DE CANDIDATA DECORRENTE DA MODIFICAÇÃO DO GABARITO. ATRIBUIÇÕES DA BANCA EXAMINADORA. MÉRITO DAS QUESTÕES: IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A modificação de gabarito preliminar, anulando questões ou alterando a alternativa correta, em decorrência do julgamento de recursos apresentados por candidatos não importa em nulidade do concurso público se houver previsão no edital dessa modificação. 2. A ausência de previsão no edital do certame de interposição de novos recursos por candidatos prejudicados pela modificação do gabarito preliminar não contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas (RE 268.244, relator o ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 30.6.2000; MS 21.176, relator o ministro Aldir Passarinho, Plenário, DJ 20.3.1992; RE 434.708, relator o ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.9.2005)".

Ainda, no mesmo sentido, confira-se a ementa da AO-ED 1.395, rel. min. Dias Toffoli, DJe 22.10.2010:

> "EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA PACÍFICA. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PUBLICIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte não admite embargos declaratórios contra decisão monocrática. Embargos recebidos como agravo regimental apresentados no prazo recursal desse. 2. Não há violação aos princípios da isonomia e da publicidade quando a divulgação das notas dos candidatos em concurso público ocorre em sessão pública, mesmo que em momento anterior ao previsto no edital, ainda mais quando, como no caso, todos forem informados de sua ocorrência. 3. A inobservância de regra procedimental de divulgação de notas não acarreta a nulidade de concurso público quando não demonstrado prejuízo aos concorrentes. 4. Não cabe ao Poder Judiciário rever os critérios de correção das provas e as notas a elas atribuídas, a não ser quando seja exigido conhecimento de matéria não prevista no edital. 5. Agravo regimental não provido".

Há, também, decisões de ambas as turmas desta Corte no mesmo sentido: AO-ED 1604, rel. min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe

31.3.2014; MS 31.067, rel. min. Dias Tofolli, Primeira Turma, DJe 5.11.2013; MS 30.859, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23.10.2012; AI-AgR 827.001, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 30.3.2011; AI-AgR 500.416, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 10.9.2004.

Na espécie, o acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao entrar no mérito do ato administrativo e substituir a banca examinadora para renovar a correção de questões de concurso público, violando o princípio da separação dos poderes e a própria reserva de administração (*Verwaltungs vorbehalt*).

Não se trata de controle de conteúdo das provas ante os limites expressos no edital, admitido pela jurisprudência do STF nas controvérsias judiciais sobre concurso público. Ao contrário, o acórdão recorrido, expressamente, substituiu a banca do certame, de forma a proceder à nova correção das questões.

Tanto a sentença quanto o aresto recorrido reavaliaram as respostas apresentadas pelos candidatos para determinar quais seriam os itens corretos e falsos de acordo com a doutrina e a literatura técnica em enfermagem. Com base nessa literatura especializada, o acórdão recorrido infirmou o entendimento da banca e identificou mais de um item correto em determinadas questões do certame, extrapolando o controle de legalidade e constitucionalidade, para realizar análise doutrinária das respostas.

Em outras palavras, os juízos ordinários não se limitaram a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, mas foram além para apreciar os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial.

Assim, houve indevido ingresso do Poder Judiciário na correção de provas de concurso público, em flagrante violação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, entre vários precedentes, confira-se a ementa do REAgR 440.335, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. 1. Anulação de questão não prevista no edital do concurso. 2. O Supremo Tribunal Federal entende admissível o controle jurisdicional em concurso público quando "não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso". Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento".

Logo, tendo em vista que o acordão recorrido conflita com firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, dou provimento ao recurso extra-

ordinário para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, invertidos os ônus sucumbenciais.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, estou de pleno acordo com o Ministro-Relator, louvando a excelência do seu voto.

Em matéria de concurso público, a intervenção do Poder Judiciário deve ser mínima. De um modo geral, as controvérsias sobre concursos que se submetem ao Judiciário são de concursos da área jurídica. Os juízes se sentem mais à vontade para fazer juízo a respeito dos critérios da banca, embora se saiba que, mesmo na área do Direito, não se pode nunca, ou quase nunca, afirmar peremptoriamente a existência de verdades absolutas. Se, num caso concreto, a intervenção do Judiciário modifica o critério da banca, isso tem uma repercussão negativa enorme no conjunto dos demais candidatos, comprometendo, assim, o princípio básico que é o da isonomia entre os concorrentes. Por isso é que a intervenção judicial deve se pautar pelo minimalismo.

Este caso concreto é bem pedagógico, porque se trata de um concurso para um cargo na área de enfermagem. Num caso desses, o juiz necessariamente vai depender do auxílio de outras pessoas, especialistas na área. Não se pode dizer que o Judiciário seja um especialista na área de enfermagem. Ele vai depender necessariamente de outros especialistas. Em outras palavras, o juiz vai substituir a banca examinadora por uma pessoa da sua escolha, e isso deturpa o princípio do edital.

De modo que insisto nisto: em matéria de controle jurisdicional de concurso público, a intervenção do Judiciário deve ser minimalista, como colocou o Ministro-Relator Gilmar Mendes. Eu acompanho Sua Excelência.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu, da mesma forma, Senhor Presidente, destacando a excelência, como sempre, do voto do eminente Ministro-Relator, acompanho Sua Excelência. Entendo que não cabe ao Judiciário se substituir à banca examinadora no controle do mérito propriamente do ato administrativo, e que há, sim, de o exame se fazer, do meu ponto de vista - como agora destacou também o Ministro Teori Zavascki -, de forma minimalista.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público, a questão jurídica específica ao presente recurso extraordinário diz respeito aos limites e às possibilidades de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o mérito das questões em concur-

so público. O pano de fundo, porém, é mais geral e tem que ver com as próprias fronteiras da intervenção judicial sobre os atos administrativos, controvérsia essa que contrapõe valores constitucionais sensíveis como a Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º) e a inafastabilidade da tutela jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV). Destarte, muito embora voltado a questão pontual e específica, o presente julgamento – sobretudo suas premissas teóricas (*ratio decidendi*) – projeta-se para muito além e servirá para demarcar dos campos de atuação judicial e administrativa. Por essa razão, teço algumas breves considerações sobre a relevante controvérsia de fundo.

A noção de Estado de Direito (*rule of law*) tem como núcleo a limitação jurídica do exercício do poder político. Cuida-se da histórica busca da domesticação da Administração Pública com uma espécie de barreira em face das arbitrariedades do Estado, notadamente pela supremacia da lei (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Ed. Almedina, 2006, p. 40). Essa ideia de "controlabilidade" do poder político a partir de parâmetros jurídiconormativos tem como origem histórica mais imediata a superação do Estado Absolutista, inicialmente pelo ângulo formal, através da organização e da racionalização do aparelho administrativo do Estado segundo o princípio da legalidade. Evoluiu, modernamente, para uma concepção também substancial ou material, que *"só adquire sentido, justificação e inteligibilidade em função do respeito, garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais"* (idem, p. 25), assim não mais se compadecendo com uma espécie de casca vazia de legalidade, conforme consagrada expressão de Ulrich Scheuner.

De qualquer modo, se a ideia de Estado de Direito caminha em direção à supremacia da lei como baliza para a atuação administrativa, parece claro que as garantias do acesso à justiça e da tutela jurisdicional efetiva representam componentes imprescindíveis à concretização de tal princípio constitucional. Haveria flagrante incoerência caso fossem proclamadas restrições de índole formal e material à atuação do Estado, mas não existissem instrumentos que lhes assegurassem a observância *in concreto*, justamente ao que se destina a prestação jurisdicional. Em última análise, em um cenário como este a própria violação das normas de direito material pelo poder público seria relegada à irrelevância, já que impossível desencadear de modo forçoso as consequências deste comportamento ilícito. Daí que as noções de submissão da autoridade à lei e de controle jurisdicional dos atos de poder me parecem faces simétricas do fenômeno Estado de Direito.

Por outro lado, é certo que o Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública. Em primeiro lugar, um braço estatal

que concentrasse todas as prerrogativas de autoridade dificilmente seria compatível com a ideia de Estado de Direito. O postulado da Separação dos Poderes surge aí como instrumento de racionalização e moderação no exercício do poder, essencial para a própria existência da liberdade individual, como historicamente registrado por Montesquieu na clássica obra "Do Espírito das Leis".

Em segundo lugar, a separação dos poderes responde a um imperativo de eficiência administrativa, pugnando pela especialização funcional. Ao dividir as atribuições do Estado e alocá-las a órgãos distintos com competências particulares, estimula-se o refinamento técnico e o aperfeiçoamento profissional. No âmbito particular das relações entre Poder Executivo e Poder Legislativo, a Separação dos Poderes – enquanto especialização funcional – ganhou consistência doutrinária na noção de *discricionariedade administrativa*, assim explicada pela clássica lição de Hely Lopes Meirelles:

> *"Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. (...) A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige. O ideal seria que a lei regulasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador; mas, como isto não é possível, dadas a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do administrador".*
> (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros 2009, p. 120-122)

É nesse sentido que se recomenda cautela do Poder Judiciário no controle dos atos dos demais Poderes, e em particular da Administração Pública. O desafio que se coloca para a Corte é, portanto, o de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre sua prerrogativa de controle dos atos estatais, em especial da Administração Pública, e o princípio da Separação dos Poderes.

A abordagem clássica do tema consta da célebre obra de Miguel Seabra Fagundes, *"O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário"*, em que o jurista potiguar endossa a teoria dos elementos do ato administrativo para justificar o controle judicial dos elementos vinculados do ato administrativo discricionário. Eis a lição:

> *"Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até*

> *mesmo anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativo, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente.*
> *(...)*
> A análise da legalidade (legitimidade dos autores italianos) tem sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma.
> (FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 179-182)

Mais recentemente, porém, a doutrina juspublicista brasileira, capitaneada pela doutrina da efetividade da Constituição, que tem no professor e Ministro Luís Roberto Barroso um de seus maiores expoentes, viu emergir a noção de *juridicidade administrativa*, tal como rotulada pelo jurista alemão Adolf Merkl. Pela expressão, compreende-se a ideia de vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição, em especial aos seus princípios, representando a superação ao positivismo legalista de outrora.

Os impactos dessa mudança de paradigmas do Direito Administrativo sobre o controle dos atos estatais pelo Poder Judiciário foram sintetizados pelo professor Gustavo Binenbojm, cujo magistério reproduzo integralmente:

> *"A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao menor ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial de seus atos.*
> *(...)*
> *Com efeito, os princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração Pública, consagrados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal de 1988, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que, inevitavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão.*

> *O mérito — núcleo do ato —, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa:*
> a) *atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares);*
> b) *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares);*
> c) *atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares)".*
> (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 219-222).

É interessante registrar que a moderna concepção de graus de vinculação à juridicidade não importa em supressão ou controle do mérito do ato administrativo. Trata-se, a rigor, de **mero estreitamento** do espaço de escolha administrativa. Novamente, convém transcrever a lição do professor Gustavo Binenbojm:

> *"(...) não se trata de controlar o núcleo da apreciação ou da* 5 *escolha, mas de diminuir o espaço em que o administrador faz escolhas de acordo com a própria conveniência e oportunidade. O mesmo pode ser afirmado com relação às outras formas, ditas, de controle do mérito do ato administrativo, como o controle da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Neste sentido, por exemplo, não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade, mas apenas se reconhece que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito. Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade.*
> *Assim, o resultado do estreitamento do mérito administrativo poderá ser (i) a redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro da juridicidade; (ii) a redução da discricionariedade a zero, quando restar apenas uma escolha conforme à juridicidade (...)".*
> (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 222).

Assentadas essas premissas teóricas, passo à apreciação da questão específica em debate.

REVISÃO JUDICIAL DE QUESTÕES EM CONCURSO PÚBLICO: Uma tentativa de reconciliação entre Separação de Poderes e inafastabilidade da tutela jurisdicional

1. O concurso público, enquanto processo administrativo de seleção de pessoal, comporta, em seu interior, a prática de atos administrativos, seja por servidores propriamente ditos, seja por particulares, a quem é delegada a organização e aplicação do certame;

2. Os atos administrativos praticados no bojo do concurso estão sujeitos ao império do direito (juridicidade administrativa) e, portanto, vinculados à ordem jurídica, ainda que em diferentes graus. Com efeito, não se pode admitir, em um Estado de Direito, esfera de poder imune à jurisdição;

3. O controle jurisdicional é, portanto, sempre admitido em abstrato, como corolário da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela judicial efetiva (CRFB, art. 5º, XXXV). O que irá variar de caso para caso é o maior ou o menor grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade, ao que corresponderá maior ou menor grau de densidade do controle judicial, em respeito ao postulado da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º);

4. O controle judicial via princípios constitucionais deve ser exercido com extrema cautela, haja vista a baixa densidade semântica do programa normativo e especificidade técnica dos temas versados em diferentes concursos públicos; o controle judicial exercido com base em regras, porém, autoriza uma intervenção mais incisiva do Poder Judiciário, sobretudo se tais regras estiverem previstas no Edital, "lei interna" do concurso público.

Na espécie, o acórdão recorrido assentou o seguinte, *verbis*:

> *"Em sendo assim, não se está a intrometer-se no critério de correção das questões eleito pela Banca Examinadora, mas sim analisando a questão sob o aspecto da legalidade, da razoabilidade e da finalidade, dentre outros cânones do direito público.*
> *(...)*
> *Ora, a sentença, com brilho e inteligência, de plano detectou que as respostas aos quesitos aceitavam mais de uma resposta correta. Já por este vezo se infere que o certame refugiu à moralidade pública, uma vez que não se pode admitir quesitação em concurso público, com mais de uma resposta certa, cujo resultado é a perplexidade daqueles que estão realizando a prova."*

Como se vê, o acórdão recorrido confirmou a sentença que declarou nulas as questões objetivas 23, 25, 26, 27, 29, 39, 42 e 48 do concurso em questão, por entender que elas possuem mais de uma alternativa correta, conforme a doutrina indicada no edital do certame.

Entendo ser adequado o provimento do recurso, uma vez que o Poder Judiciário, na espécie, interpretou a doutrina prevista no edital para avaliar o acerto das questões formuladas pela banca examinadora, em usurpação flagrante de suas funções. A interpretação de livros técnicos e especializados não é função do Poder Judiciário, mas sim da banca examinadora do concurso. Soma-se a isso o fato de que os princípios constitucionais invocadas pelo acórdão recorrido não apresentam densidade semântica mínima que autorizem deles ex-

trair a invalidação de questões formuladas pelos corretores.

Registro, porém, que o Poder Judiciário deva ter algum papel no controle dos atos administrativos praticados em concursos públicos pela banca examinadora, sobretudo na fiscalização de questões evidentemente teratológicas ou flagrantemente incompatíveis com as regras previstas no Edital.

Ex positis, voto pelo **provimento** do recurso extraordinário para:

(i) no caso concreto, com fundamento no art. 2º da CRFB, reformar o acórdão emanado da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará para julgar improcedentes os pedidos aduzidos na inicial, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário, sem lastro forte em comandos normativos com densidade semântica suficiente, substituir os critérios de correção da banca examinadora;

(ii) em abstrato, fixar a seguinte tese de repercussão geral:

> O controle jurisdicional de questões de concurso público é admitido *prima facie* como corolário da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela judicial efetiva (CRFB, art. 5º, XXXV), sendo certo, porém, que a densidade da intervenção judicial dependerá, em cada caso, do maior ou do menor grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade, em respeito ao postulado da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º). Em todo caso, não compete ao Poder Judiciário interpretar a doutrina prevista no edital para avaliar o acerto das questões formuladas pela banca examinadora, reservando-se a anular questões evidentemente teratológicas ou flagrantemente incompatíveis com o conteúdo previsto no Edital.

É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também acompanho o Ministro-Relator. Vou ser brevíssima apenas numas observações.

Em primeiro lugar, eu acho que o Ministro Fux tem toda razão ao afirmar que há um novo administrativo se formando, mas não é um Direito Administrativo que se afaste de qualquer dos princípios, inclusive o que já prevalece há muito tempo. Foi lembrado aqui, o grande Seabra Fagundes, que, desde a década de 60, quando participou da comissão que elaborou o que veio a se tornar a Lei nº 4.717, que é a Lei de Ação Popular, já fez constar expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de o Poder Judiciário adentrar elementos do ato administrativo, mas não os discricionários. Isso veio se fortalecendo, e o caso do concurso é típico de uma mudança realmente do que vem a ser o Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito.

Verdadeiramente, Presidente, eu tenho repetido que nós vamos ter que depois mudar a fórmula do concurso público, porque concurso público é feito para seleci-

onar os melhores. Com os números que nós temos no Brasil, concursos públicos que têm até um milhão e meio de candidatos, como o caso de professores em Minas Gerais, os concursos são feitos para eliminar uma vasta gama, especialmente na primeira etapa do concurso, para ficar viável às bancas examinadoras chegar-se ao seu final; quer dizer, no mundo inteiro, foi pensado, no Direito Administrativo, cuja fonte no Brasil é a França, de se selecionarem os melhores por concurso. Mas, com um milhão e meio de candidatos no concurso, a banca examinadora não seria capaz de chegar ao final apenas com elementos que permitissem avaliar melhores. E até, nos concursos de juiz, hoje, muitas vezes, a primeira etapa do concurso, aquela das provas, essas provas objetivas, ela tem "alguns dados que são para ver a capacidade de concentração", porque não é conhecimento que se está medindo.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/ 2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/ portal/autenticacao/ sob o número 8330954.

Então, eu acho até que nós vamos caminhar para uma nova estrutura dos concursos.

No que se refere, no entanto, à possibilidade de se sindicar judicialmente, não tenho dúvida, tal como foi dito desde o voto do eminente Relator, que os concursos públicos contam com alguns elementos que são sindicáveis, sim, pelo Poder Judiciário. Não, porém, aqueles dois, basicamente, que são inerentes ao núcleo do ato administrativo - chama-se mérito, na verdade, é o merecimento, é o núcleo central do ato -, que dizem respeito apenas a que ou vale a decisão da banca, ou se substitui por uma decisão que seria, no caso, do Poder Judiciário. Quer dizer, o que o Poder Judiciário não pode é substituir-se à banca; se disser que é essa a decisão correta e não outra, que aí foge à questão da legalidade formal, nós vamos ter, como bem apontou o Ministro Teori, um juiz que se vale de um perito que tem uma conclusão diferente daquela que foi tomada pelos especialistas que compõem a banca. Então, na verdade, isso não é controle, mas é substituição.

Por isso mesmo, neste caso, não caberia de jeito nenhum a sindicabilidade pelo Poder Judiciário, resguardando-se o que Hely Lopes Meirelles chegava a chamar de soberania da banca quanto a esses elementos; quer dizer, não é que a banca fique inexpugnável, absolutamente como foi várias vezes acentuado aqui. Lembrando ainda, e apenas para fazer um apontamento, que quando se fala - e o Ministro Gilmar lembrou bem -, em reserva de administração, não é do Poder Executivo, porque isso vale para a atividade administrativa de qualquer dos Poderes, incluí-

do aí o Poder Judiciário, em cujos concursos, realmente não pode ter as suas bancas substituídas pelo Poder Judiciário. Ressalva feita ao controle de legalidade quanto aos aspectos que são objetivos, e, por isso, sindicáveis, o que não se dá neste caso, razão pela qual, Senhor Presidente, eu acompanho às inteiras o voto do Ministro-Relator, dando provimento ao Recurso Extraordinário.

É como voto, Senhor Presidente.

****

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, na origem, o recurso extraordinário não mereceu processamento, porque a matéria versada nas razões recursais não teria sido objeto de debate e decisão prévios, de prequestionamento. O que se articulou nas razões recursais? Que teria havido ofensa ao artigo 2º da Constituição Federal, no que encerra a separação e harmonia dos Poderes.

Em passo seguinte, aludiu-se ao que seria a quebra da isonomia. O Tribunal de origem não adotou, pelo menos de forma explícita, entendimento a respeito dessas matérias. Defrontou-se com quadro fático e, considerada a lei do certame, o edital, glosou a postura adotada pela Mesa que implementou a correção das provas.

Então, em um primeiro passo, não conheço do recurso, porque não se admite o prequestionamento implícito, no que o instituto passaria a ficar ao sabor da capacidade intuitiva do órgão que viesse a julgá-lo.

Há mais, Presidente. No caso concreto, não houve tentação; os desembargadores não foram tentados no que confirmaram a decisão do Juízo. Não se fez em jogo concurso na área jurídica, mas na área médica, na área da saúde, um concurso para o cargo de enfermeiro. Não é dado assentar, de forma peremptória, que não cabe questionar situação jurídica envolvendo interesses subjetivos, interesses dos candidatos, já que é cláusula pétrea a do livre acesso ao Judiciário, para reparar lesão a direito ou para afastar-se ameaça de lesão a direito, o que justifica o que alguns apontam como a indústria das liminares, das tutelas antecipadas. Não há qualquer indústria nesse campo, porque, a aguardar o julgamento final da causa, ter-se-á a transformação, na maioria das vezes, da ameaça de lesão, em lesão ao próprio direito. Assento a premissa de que é possível chegar-se à última trincheira da cidadania, para se questionar a legitimidade ou não de um concurso público.

Presidente, o pedido inicial, feito na peça primeira da ação, foi julgado pelo Juízo apenas parcialmente procedente. Há mais: a sentença prolatada foi objeto de impugnação, no campo voluntário, apenas pelos candidatos. O Estado não interpôs recurso, no que a sentença estampou, de início, a procedência – como disse – parcial do pedido formulado na ação. O que houve foi a apreciação do todo, ante o instituto – não se pode falar em recurso – da remessa obrigatória.

O que há, segundo premissas do acórdão impugnado – e julgo o extraordinário, já que estou em sede extraordinária, a partir dessa verdade formal? Houve uma prova objetiva, a envolver sim ou não quanto às respostas. Pelo edital, somente haveria, no tocante a cada questão, uma resposta correta, mas a banca, que confeccionou essa prova objetiva, lançou questões com mais de uma opção correta, e só poderia – repito – o candidato assinalar uma opção como correta. Por isso, o Juízo glosou certas questões, e o Tribunal confirmou essa glosa das questões.

Segundo a matéria que também gerou a declaração de insubsistência, com dação de pontos relativamente a certas questões, no edital, certo ou errado – não cabe a essa altura perquirir – , direcionou-se a certa doutrina. Disse-se qual seria a linha doutrinária que seria admitida na solução das questões versadas. Posteriormente, abandonou-se essa linha doutrinária para agasalhar-se doutrina diversa da revelada no edital do concurso.

Ante esse contexto, vencido na preliminar do recurso, quanto ao não conhecimento – inicialmente, não conheço do recurso, por falta de prequestionamento, quanto à matéria harmonia e separação dos Poderes, e isonomia –, desprovejo-o.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio, eu queria fazer uma questão a Vossa Excelência, que agora esmiuçou a sentença.

Eu tenderia, *data venia*, não concordar com Vossa Excelência, no que tange à questão doutrinária, porque, ainda mais se tratando de um campo que escapa ao Direito, é muito difícil o juiz dizer que se adotou uma ou outra linha doutrinária, e eu não me atreveria a tanto.

Mas Vossa Excelência traz à colação uma questão objetiva, que, parece-me, deva ser considerada por este Plenário, ou pelo menos por este juiz que fala a Vossa Excelência, que é a questão de ter-se admitido, relativamente a certas questões que comportavam única, uma única resposta, mais do que uma resposta correta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E não haveria o item

"mais de uma resposta correta"; não havia esse item.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não havia, mas se admitiu?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim.

A premissa da decisão do Juízo, e a do acórdão, é esta: prova objetiva com mais de uma opção tida como correta.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem, neste caso, inclusive isso foi dito da tribuna pelo eminente representante da OAB, Doutor Cláudio Pereira de Souza Neto: quando há uma discrepância entre o edital e o resultado do concurso - e eu me curvo ao entendimento de Vossa Excelên-

cia que estudou com mais afinco e de forma mais acurada essa sentença -, eu sou obrigado a admitir que houve realmente uma dissonância, a qual abre o espaço para a sindicância do Poder Judiciário, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - *Data venia*, Presidente, não é caso de divórcio entre a questão e o edital. O que se diz é que algumas questões não teriam respaldo na bibliografia listada no edital. Não se trata, portanto, e foi por isso inclusive que eu ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E que poderia haver outras alternativas ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É. Poderia haver outras alternativas; que teriam sido considerados autores diversos; quer dizer, abre um universo realmente de grande insegurança.

A jurisprudência, quanto ao não cumprimento de edital, até me lembrava, já discutia isso em particular com o ministro Toffoli, citei o precedente do ministro Eros Grau e, aí, é pacífica a jurisprudência, não é? Se amanhã aparecer uma questão que não consta do edital, mas, veja, aí o juiz não substitui o avaliador, nem a banca. Simplesmente, irá dizer: esta questão não estava colocada.

Num concurso da Procuradoria da República se não tivesse a matéria "Direito Previdenciário" e lá aparecessem questões de "Previ-denciário" - não é? -, o juiz faria meramente essa avaliação: é um caso de matéria "previdenciária" que não foi prevista no edital.

Mas não é o de que se cuida aqui! Tanto é que o que o juiz houve por bem fazer foi anular todas aquelas questões, porque considerou que, de alguma forma, haveria incongruência no gabarito ou na correção.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, Ministro Marco Aurélio, pedirei vênia a Vossa Excelência, primeiro, para conhecer, porque entendo que houve um prequestionamento, pelo menos, implícito, daquilo que se discute nos autos, sobretudo no que tange à separação dos Poderes.

De outra parte, com as explicações do Relator, eu vou também dar provimento ao Recurso, entendendo que o juiz fez uma interpretação, relativamente às questões, entendendo que as questões não estavam contidas bibliografia assinalada no edital.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agora nós teríamos de, como se trata de uma repercussão geral, de enunciar uma tese. O Ministro Fux iniciou a elaboração de uma tese. O Relator já tem uma tese preparada para apresentar ao Plenário?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, eu acho que é aquilo que consta da nossa própria proposta: não cabe ao Poder Judiciário

substituir banca examinadora para reavaliar respostas e notas a elas atribuídas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Fux, está de acordo ou quer a acrescentar algo mais?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nesse ponto específico, estou de acordo, mas acho que poderíamos fechar a outra porta no tocante a questões teratológicas e ilegalidades.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Acho que não. **Data venia**, penso que seja melhor o que o Ministro-Relator propõe. Vossa Excelência propõe que não cabe ao Poder Judiciário substituir-se. Talvez, se fizéssemos de maneira mais direta: não cabe ao Poder Judiciário substituir-se, não cabe, talvez, a sindicabilidade. Ou seja, no sentido de o Poder Judiciário não se substituir, como o Ministro propõe.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Dar um sentido a essa palavra "substituir".

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Dar um sentido a isso para não ficar solto. Todo mundo vai entrar dizendo isso: substituirse? Aqui não é substituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Há expressões que aparecem nos precedentes do Tribunal: os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário.

Podemos usar na forma direta.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ficou bom.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - **Eu digo isso, Ministro Gilmar, para não virem dizer: olha, mas o meu caso é diferente. Aqui, o juiz se substituiu.**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - **Todos de acordo? É uma tese sintética.**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Fica minimalista, e é até bom, porque qualquer coisa a mais pode ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Os critérios adotados pela banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Isso, porque assim não cabe a revisão judicial.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não cabe.

Evidentemente, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, os casos teratológicos serão naturalmente revistos.

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência quer se manifestar sobre a tese?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A minoria não tem voz quanto à tese!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Em nosso Plenário, enquanto for Presidente, Vossa Excelên-

cia sempre terá voz.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A essa altura, para mim – pelo menos penso assim – , seria incongruência adotar entendimento contrário ao voto proferido, no sentido do desprovimento do recurso.

EXTRATO DE ATA

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 485 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não conhecia do recurso e, superada a questão, negava-lhe provimento. O Tribunal fixou a tese de que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário, não havendo o Ministro Marco Aurélio se manifestado no ponto. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na "*Brazil Conference*", na Universidade de Harvard, e na "*Brazilian Undergraduate Student Conference*", na Universidade de Columbia, Estados Unidos. Falaram, pelo *amicus curiae* Estado do Rio Grande do Sul, a Dra. Ivete Maria Razerra, OAB/RS 25.058, e, pelo *amicus curiae* Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil – CFOAB, o Dr. Claudio Pereira de Souza Neto, OAB/RJ 96.073. Plenário, 23.04.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

Leis estaduais e municipais regulamentadoras das condições para prestação de serviços nas agências bancárias. Competência exclusiva dos municípios. Interesse local. Jurisprudências do STJ e STF.[1]

EMENTA OFICIAL

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTUAÇÕES DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO DE LEIS ESTADUAIS E MUNICIPAIS QUE REGULAMENTAM AS CONDIÇÕES PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NAS AGÊNCIAS BANCÁRIAS. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA POR ESTE TRIBUNAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DOS MUNICÍPIOS. INTERESSE LOCAL. JURISPRUDÊNCIAS DO STJ E STF.

1. Hipótese de mandado de segurança coletivo visando à suspensão e anulação de autos de infrações lavrados com base nas Leis Estaduais n. 3.533/01, 3.273/99, 3.219/99 e 3.663/01 e Leis Municipais n. 3.108/09, 2.861/99, 3.018/99 e 3.300/02, que regulamentam as condições para a prestação de serviços ao consumidor, tais como: o tempo razoável de espera para atendimento, a necessidade de colocação de assentos nas filas especiais, a instalação de banheiros e bebedouros para clientes, a disponibilização de cadeiras de rodas para clientes maiores de 65 anos e a manutenção obrigatória de câmeras nos caixas eletrônicos.

2. A *questio iuris* não reclama maiores discussões, porquanto, por ocasião do acolhimento da arguição de inconstitucionalidade das Leis do Estado do Rio de Janeiro, a Corte Especial deste Tribunal expressamente assentou que as questões acerca do funcionamento interno das agências bancárias são vinculadas ao interesse local, cuja competência legislativa é do Município.

3. Por conseguinte, não viola direito líquido e certo dos impetrantes a lavratura de auto de infração com base em lei municipal, com a consequente imposição de multa por descumprimento dessas normas, sendo que o mesmo, entretanto, não se pode dizer no que tange ao autos lavrados com supedâneo em legislações estaduais. Precedentes do STJ e STF.

4. Recurso ordinário parcialmente provido, para o fim de desconstituir a autuações lavradas contra as associadas da impe-

[1] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1386148&num_registro=200900306407&data=20150319&formato=PDF

trante com supedâneo nos textos normativos estaduais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, para o fim de desconstituir a autuações lavradas contra as associadas da impetrante com supedâneo nos textos normativos estaduais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES.

Relator.

RMS 28.910/RJ - DJe 19/03/2015.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Federação Brasileira das Associações de Bancos - Febraban, contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa está consignada nos seguintes termos (fls. 595/597):

MANDADO DE SEGURANÇA PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DE AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS COM BASE EM LEIS ESTADUAIS DE MUNICIPAIS QUE DETERMINAM AOS BANCOS COLOCAR ASSENTOS NAS FILAS ESPECIAIS PARA APOSENTADOS, PENSIONISTAS, GESTANTES E DEFICIENTES FÍSICOS, INSTALAR BANHEIROS E BEBEDOUROS PARA ATENDIMENTO, COLOCAR CADEIRAS DE RODAS À DISPOSIÇÃO DOS MAIORES DE 65 ANOS QUE APRESENTEM DIFICULDADES DE LOCOMOÇÃO, MANTER PELO MENOS UM SEGURANÇA E CÂMERA DE VÍDEO JUNTO A CADA CAIXA ELETRÔNICO E ESTABELECER PRAZO MÁXIMO DE VINTE MINUTOS EM FILA PARA ATENDIMENTO, COM O OBJETIVO DE AFASTAR A EXIGÊNCIA DE MULTAS ORIGINADAS DESSAS AUTUAÇÕES, ASSIM COMO OS EFEITOS DELAS DECORRENTES E PARA QUE SE ABSTENHAM AS AUTORIDADES APONTADAS COMO COATORAS DE IMPOR NOVAS SANÇÕES AOS ASSOCIADOS DA IMPETRANTE, MEDIANTE A LAVRATURA DE NOVOS AUTOS DE INFRAÇÃO COM BASE NOS DIPLOMAS LEGAIS ANTES REFERIDOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA QUE SE REJEITA, JÁ QUE A IMPETRANTE ESTÁ AUTORIZADA A REPRESENTAR JUDICIALMENTE SEUS ASSOCIADOS NA BUSCA A DEFESA DE SEUS DIREITOS E INTERESSES, CONSOANTES PREVISÃO ESTATUTÁRIA E EM DECORRÊNCIA DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA CONFERIDA PELO ART. 5º, LXX, "b" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *WRIT* CUJA SOLUÇÃO PASSA, NECESSARIAMENTE,

PELA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS QUE MOTIVARAM AS AUTUAÇÕES. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DIPLOMAS LEGAIS QUE FUNDAMENTAM A IMPETRAÇÃO DO *MANDAMUS.* É DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL A COMPETÊNCIA PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. NÃO CONHECIMENTO DO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA EM RELAÇÃO À LEI ESTADUAL Nº 3.273/1999 E À LEI DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO Nº 2.861/1999, UMA VEZ QUE AMBAS JÁ FORAM OBJETO DE ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE JÁ DECIDIDAS PELO TJRJ. ACOLHIMENTO PARCIAL DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO QUE SE REFERE À PARTE FINAL DO § ÚNICO, DO ARTIGO 2º, DA LEI DO MUNICÍPIO DE BARRA MANSA Nº 3.018/1999 E DO INCISO IV, DO ARTIGO 5º, DA LEI DO MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU Nº 3.018/1999. REJEIÇÃO DA ARGUIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS DEMAIS LEIS IMPUGNADAS PELA IMPETRANTE. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA APENAS NO QUE SE REFERE AOS EFEITOS DO § ÚNICO, DO ARTIGO 2º, DA LEI DO MUNICÍPIO DE BARRA MANSA Nº 3.018/1999 E DO INCISO IV, DO ARTIGO 5º, DA LEI DO MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU Nº 3.018/1999.

Desse desate, foram opostos embargos declaratórios, que restaram rejeitados às fls. 613/616.

Em suas razões, a recorrente defende, em suma, que "as atividades dos estabelecimentos bancários, e tudo mais que diz respeito ao seu funcionamento regular, estão inseridas na competência legislativa privativa da União, vedada qualquer intervenção dos Estados e Municípios" (fls. 646).

Alega que "não existe espaço constitucional que permita ao Estado ou Município legislarem acerca do funcionamento do sistema financeiro em suas mais variadas facetas", posto que "somente à União, com caráter de exclusividade, é que é atribuído tal mister" (fls. 645/646), além de que a Súmula 19 do STJ, segundo a qual a fixação do horário bancário para atendimento ao público é de competência da União, corroboraria esse entendimento.

Sob esse contexto, requer o provimento deste recurso ordinário, com o fim de que seja reformado o acórdão atacado e concedida a segurança "em sua totalidade em relação às Leis Estaduais nº 3.533/01, 3.273/99, 3.213/99, 3.663/01 e Municipais nº 3.108/99 (Barra Mansa), 3.018/99 (Nova Iguaçu) e 3.300/02 (Barra Mansa), para o fim de desconstituir as autuações lavradas contra as associadas da Impetrante com supedâneo em tais textos normativos, bem como para inibir [...] novas autuações" e "subsidiariamente, [...] pelo menos, a concessão da ordem para a reforma parcial dos vv. Acórdãos no tocante às Leis Municipais que pretendem regulamentar o tempo de atendimento dos clientes nas agências bancárias [...] e, ain-

da, no que diz respeito à Lei Estadual que pretende transferir para as agências bancárias o dever do estado de zelar pela segurança pública" (fls. 595).

Apresentaram contrarrazões o Estado do Rio de Janeiro (fls. 669-688), o Município de Barra Grande (fls. 704-707), o Município de Nova Iguaçu (fls. 714-719) e a Câmara Municipal de Nova Iguaçu (fls. 722).

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 825/837, opinou pelo não provimento do recurso.

Às fls. 861/867, a Primeira Turma deste STJ instaurou incidente de inconstitucionalidade das leis em questão , o qual foi acolhido, por maioria, pela Corte Especial, nos termos do voto do relator (fls. 908/961), para declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* das Leis nºs 3.533/01, 3.273/99, 3.213/99, 3.663/01, do Estado do Rio de Janeiro, as quais regularam matéria da competência dos Municípios.

Em nova manifestação, o MPF opinou pelo provimento do recurso, nos termos do parecer de fls. 971/981.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Como visto, trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado pela Fenabran visando à suspensão e anulação de autos de infrações lavrados contra os seus associados com base nas Leis Estaduais n. 3.533/01, 3.273/99, 3.219/99 e 3.663/01 e Leis Municipais n. 3.108/09, 2.861/99, 3.018/99 e 3.300/02, que regulamentam as condições para a prestação de serviços ao consumidor, tais como: o tempo razoável de espera para atendimento, a necessidade de colocação de assentos nas filas especiais, a instalação de banheiros e bebedouros para clientes, a disponibilização de cadeiras de rodas para clientes maiores de 65 anos e a manutenção obrigatória de câmeras nos caixas eletrônicos.

A *questio iuris* não reclama maiores discussões, porquanto, por ocasião do acolhimento da arguição de inconstitucionalidade das Leis 3.213/99, 3.273/99, 3.533/01 e 3.663/01 do Estado do Rio de Janeiro, a Corte Especial deste Tribunal expressamente assentou que as questões acerca do funcionamento interno das agências bancárias são vinculadas ao interesse local, cuja competência legislativa é do Município, consoante a seguinte ementa (fls. 910):

> CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS NºS 3.533/01, 3.273/99, 3.213/99, 3.663/01, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FUNCIONAMENTO INTERNO DE AGÊNCIAS BANCÁRIAS. MATÉRIAS DE COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO.
>
> **1.** Trata-se de incidente de inconstitucionalidade das Leis Estaduais nºs 3.533/01, 3.273/99, 3.213/99, 3.663/01, que deter-

minam a colocação de assentos nas filas especiais para aposentados, pensionistas, gestantes e deficientes físicos, a instalação de banheiros e bebedouros para atendimento aos clientes, a disponibilização de cadeira de rodas para atendimento ao idoso e a adoção de medidas de segurança em favor de consumidores usuários de caixas eletrônicos nas agências bancárias situadas no Estado do Rio de Janeiro.

2. As matérias tratadas nos referidos textos legais dizem respeito ao funcionamento interno das agências bancárias e, por conseguinte, às atividades-meio dessas instituições, no intuito de amparar o consumidor, propiciando-lhe um melhor espaço físico e um tratamento mais respeitoso e humanitário.

3. Trata-se, portanto, de questões de evidente interesse local, cuja competência legislativa é do Município, por força do disposto no artigo 30, I, da Constituição Federal, e não do Estado, a quem é vedado implicitamente normatizar matérias expressamente afetas a outros entes públicos pela Constituição Federal.

4. Nesse sentido é a lição de Alexandre de Moraes (in Direito Constitucional, 23ª Edição, 2008, pag. 306): "A regra prevista em relação à competência administrativa dos Estados-membros tem plena aplicabilidade, uma vez que são reservadas aos Estados as competências legislativas que não lhes sejam vedadas pela Constituição. Assim, os Estados-membros poderão legislar sobre todas as matérias que não lhes estiverem vedadas implícita ou explicitamente. São vedações implícitas as competências legislativas reservadas pela Constituição Federal à União (CF, art. 22) e aos municípios (CF, art. 30)".

5. Seguindo a mesma linha de entendimento firmada pelo STF, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que, por haver evidente interesse local, é dado ao Município legislar sobre o funcionamento em instituições bancárias, nos termos do artigo 30, I, da, CF. Precedentes: AgRg no RExt 427.463-RO, Rel. Min. Eros Grau, DJ 19.5.2006; AgRg no AI 347.717/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 5.8.2005; REsp 711.918/RS, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJ 13.2.2008; REsp 943.034 Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23.10.2008; (REsp 471.702/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 16.08.2004, e REsp nº 598.183/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 27.11.2006.

6. É de se concluir que o Estado do Rio de Janeiro não tinha competência para legislar sobre o atendimento ao público no interior de agências bancárias que, por se tratar de questão vinculada a interesse local, é do Município.

7. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

Sendo assim, é de se concluir que não viola direito líquido e certo dos impetrantes a

lavratura de auto de infração com base em lei Municipal, com a consequente imposição de multa, por descumprimento das normas citadas.

O mesmo, entretanto, não se pode dizer no que tange ao au-

tos lavrados com base em legislações estaduais, considerando que, como já decidido por esta Corte, é dado ao Município legislar sobre o funcionamento em instituições bancárias, por força do disposto no artigo 30, I, da, CF, por haver evidente interesse local.

Nesse sentido, vale conferir os julgados do e. STF, *verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGÊNCIAS BANCÁRIAS. TEMPO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO. COMPETÊNCIA. MUNICÍPIO. ART. 30, I, CB/88. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ARTS. 192 E 48, XIII, DA CB/88.
> 1. **O Município, ao legislar sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias estabelecidas em seu território, exerce competência a ele atribuída pelo artigo 30, I, da CB/88.**
> 2. A matéria não diz respeito ao funcionamento do Sistema Financeiro Nacional [arts. 192 e 48, XIII, da CB/88].
> 3. Matéria de interesse local. Agravo regimental improvido (AgRg no RExt 427.463-RO, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 19.5.2006).
>
> ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA, MEDIANTE LEI, OBRIGAR AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A INSTALAR, EM SUAS AGÊNCIAS, DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA - INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL – ALEGAÇÃO TARDIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 144, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO - MATÉRIA QUE, POR SER ESTRANHA À PRESENTE CAUSA, NÃO FOI EXAMINADA NA DECISÃO OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO 'JURA NOVIT CURIA' - RECURSO IMPROVIDO.
> - **O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros**. Precedentes (AgRg no AI 347.717/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 5.8.2005).

No âmbito da 1ª Seção do STJ, colacionam-se os seguintes precedentes:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATENDIMENTO BANCÁRIO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ENTE MUNICIPAL. REFORMA DE DECISÃO DA ORIGEM EM REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF.
> 1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública que debate o cumprimento de Lei Municipal

acerca de obrigações para bancos (tempo de espera para atendimento, escala de horário de empregados, atendimento preferencial e vedação à discriminação entre clientes e não clientes).
2. A sentença de improcedência foi mantida pelo Tribunal de origem sob o fundamento de que havia decisão eficaz do Tribunal local, em representação de inconstitucionalidade, que julgou inconstitucional a legislação municipal por incompetência. Tal decisum foi atacado por Recurso Extraordinário não admitido. Contudo, o STF deu provimento monocraticamente ao respectivo Agravo 568.674/RJ, em decisão confirmada em Agravo Regimental.
3. **A Corte Especial do STJ entende que o funcionamento interno das agências bancárias e, por conseguinte, as atividades-meio dessas instituições são questões de interesse local, cuja competência legislativa é do Município** (AI no RMS 28.910/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 8.5.2012).
4. Recurso Especial provido para julgar procedente a Ação Civil Pública (REsp
1.347.921/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/03/2013).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI MUNICIPAL QUE FIXA O TEMPO MÁXIMO DE ESPERA EM FILA DE AGÊNCIA BANCÁRIA. RECURSO ESPECIAL QUE DISCUTE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI LOCAL E PRESENÇA DOS REQUISITOS DISCIPLINADOS PELOS ARTS. 273 E 461 DO CPC. AMPLIAÇÃO DA CONTROVÉRSIA DISCUTIDA NA ORIGEM, QUE SE LIMITOU À MAJORAÇÃO DAS ASTREINTES POR RECALCITRÂNCIA NO CUMPRIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 CPC. INESPECIFICIDADE DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS COLACIONADOS. DISSÍDIO PRETORIANO INOCORRENTE. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ E NO STF.
1. O Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública para compelir a instituição bancária recorrente ao cumprimento de duas leis municipais que estabeleciam o tempo máximo de espera em fila de agência bancária. Deferida a antecipação de tutela e constatada a recalcitrância ao seu cumprimento, as astreintes foram majoradas, dando origem ao presente recurso.
2. Não há ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal a quo nem mesmo tinha obrigação de se manifestar sobre tema que não guarda pertinência com decisão de primeiro grau, que se limitou a majorar o valor das astreintes. A discussão sobre a inconstitucionalidade da lei municipal para disciplinar o tempo máximo de permanência em fila de instituições bancárias deveria ter sido veiculada no Agravo que hostilizou a decisão deferitória da antecipação de tutela, de modo que tanto esse debate quanto aquele relativo à presença dos requisitos dos arts. 273 e 461 do CPC encontram óbice no art. 473 do CPC, uma vez que a presença dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela já foi apreciada em anterior Agravo,

julgado pelo TJ/MT. Incidência da Súmula 7/STJ quanto ao exame dos requisitos legais para a concessão da tutela antecipatória.
3. **Ademais, a tese recursal já foi superada, sendo pacífica a orientação jurisprudencial que reconhece aos Municípios competência legislativa para disciplinar o tempo máximo de espera nas filas em agências bancárias. Precedentes do STJ e do STF.**
4. Os arestos colacionados não servem para comprovar o dissídio pretoriano, dada a inespecificidade daqueles julgados, que versaram hipótese em que se discutia lei disciplinadora do horário de funcionamento de agência bancária, matéria que nenhuma pertinência tem com a espécie dos autos. Inaplicabilidade da Súmula 19/STJ. Precedentes.
5. Recurso Especial não provido (REsp 1.322.983/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/09/2013).

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL PELAS ALÍNEAS "A", "B" E "C" - AGÊNCIA BANCÁRIA: INSTALAÇÃO DE SANITÁRIOS E BEBEDOUROS - EXIGÊNCIA PREVISTA EM LEIS MUNICIPAIS - COMPATIBILIDADE COM A LEI FEDERAL 7.102/83.
1. Em matéria de funcionamento de instituições financeiras, há competência concorrente das três esferas de poder (art. 24 e 25 da CF/88).
2. **As Leis Municipais 19/97 e 28/98, ao especificar a necessidade de instalação de banheiros em agências bancárias, agiram dentro de sua competência, que poderia, inclusive, vir traçada em um Código Municipal de Obras.**
3. A Lei 7.102/83, ao disciplinar a segurança para estabelecimentos financeiros, resumiu-se a vincular o seu funcionamento ao prévio parecer favorável do respectivo sistema de segurança pelo Ministério da Justiça (art. 1º) e a atribuir ao mesmo Ministério a fiscalização dos estabelecimentos financeiros quanto ao cumprimento da mesma lei, podendo esta específica competência ser delegada às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal por convênio (art. 6º).
4. Normas municipais que não extrapolaram a lei federal, ficando as alterações físicas realizadas no estabelecimento bancário sujeitas à aprovação do Ministério da Justiça ou da Secretária de Segurança Pública do Estado, se modificado o sistema de segurança.
5. Recurso especial improvido (REsp 471.702/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 16.08.2004).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. PERÍODO MÁXIMO DE PERMANÊNCIA DE CLIENTES EM FILAS DE ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 19/STJ.
1. **Compete ao Município legislar sobre a fixação do período máximo de permanência de clientes nas filas de agências bancárias.**
2. Inaplicabilidade da Súmula n. 19/STJ ao caso dos autos.
3. Recurso especial improvido. (REsp 711.918/RS, Rel. para acórdão Min. João Otávio

de Noronha, julgado em 18.10.2007, DJ 13.2.2008, p. 149.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. TEMPO MÁXIMO DE ATENDIMENTO AO USUÁRIO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 30, INCISOS I e II, DA CF/88. PRECEDENTES DO STF E STJ. VIOLAÇÃO DO

1. **As normas que estabelecem o tempo de atendimento máximo nas agências bancárias são de interesse local (art. 30, I, CF/88), posto disciplinarem atividades-meio daquelas instituições, no intuito de amparar o consumidor.**

2. *In casu*, a Lei Municipal nº 5054/98, apenas, regulamentou as condições para a prestação de serviços ao consumidor, disciplinando o tempo razoável de espera para atendimento, o que não se confunde com política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores, matéria de competência privativa da União (CF/88, artigo 22, inciso VII, da CB/88). Precedentes do STF e STJ: Ag Reg no RExt 427.463-RO, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 19.05.2006; RExt 432.789-SC, Min. Eros Grau, DJ de 07.10.05; AI 429.760, Min. Gilmar Mendes, DJ de 09.08.05; AC 1.124-SC, Min. Marco Aurélio, DJ de 27.03.06; AI 516.268-RS, Min. Celso de Mello, DJ de 18.08.05; SS 2.816, Min. Nelson Jobim, DJ de 22.02.06; Resp. nº. 598183/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, DJ, 27/11/2006; REsp 747.382-DF, Min. Denise Arruda, DJ de 05.12.05; REsp 467.451-SC, Min. Eliana Calmon, DJ de 16.08.04. 3. Recurso especial a que se nega seguimento. (REsp 943.034 Relator Ministro Luiz Fux, Data da Publicação 23/10/2008).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEI DISTRITAL FIXANDO TEMPO PARA ATENDIMENTO DE CLIENTES DE AGÊNCIAS BANCÁRIAS. ALEGAÇÃO DE QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO JULGOU VÁLIDA A LEI LOCAL EM FACE DA LEI FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO STF NO SENTIDO DE QUE É DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA.

1. "A alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida", sendo que, "válida a sentença anterior do juiz que a prolatou, subsiste a competência do tribunal respectivo" (CC 6.967-7, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.09.97). Com base em tal orientação a jurisprudência do STJ afirmou a sua competência para julgar recursos especiais interpostos antes da EC 45/04, mesmo quando tratem de matéria que, por força da referida Emenda, foi atribuída a outros órgãos jurisdicionais (Nesse sentido: CC 57.402, 1ª Seção, Min. José Delgado, DJ de 19.06.06, no CC 58.566, 1ª Seção, Min. Eliana Calmon, DJ de 07.08.06, no AgRg no REsp 809.810, 1ª Turma, Min. JoséDelgado, DJ de 15.05.06 e no REsp 507.907, 2ª Turma, Min.Castro Meira, DJ de 25.09.06).

2. Assim, cabe ao STJ julgar os recursos especiais interpostos antes da EC/45/04, fundados na alínea b do inciso III do art. 105, com a redação então vigente, em que se alega que a decisão recorrida considerou válida a lei local contestada em face da lei federal.

3. **Firmou-se a jurisprudência, tanto no STF (v.g.: AgReg no RExt 427.463, RExt 432.789, AgReg no RExt 367.192-PB), quanto do STJ (v.g.: REsp 747.382; REsp 467.451), no sentido de que é da competência dos Municípios (e, portanto, do Distrito Federal, no âmbito do seu território - CF, art. 32, § 1º) legislar sobre tempo de atendimento em prazo razoável do público usuário de instituições bancárias, já que se trata de assunto de interesse local (CF, art. 30, I).** Assim, eventual antinomia ou incompatibilidade entre a lei municipal e a lei federal no trato da matéria determina a prevalência daquela em relação a essa, e não o contrário.

4. Recurso especial a que se nega provimento (REsp nº 598.183/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJ DE 27/11/2006).

Por derradeiro, cumpre ressaltar que as Leis Municipais 3.108/09, 2.861/99, 3.018/99 e 3.300/02 apenas regulamentam as condições para a prestação de serviços ao consumidor, disciplinando o tempo razoável de espera para atendimento, o que não se confunde com política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores, matéria de competência privativa da União (CF/88, artigo 22, inciso VII, da CB/88).

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, para o fim de desconstituir a autuações lavradas contra as associadas da impetrante com supedâneo nos textos normativos estaduais.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, para o fim de desconstituir a autuações lavradas contra as associadas da impetrante com supedâneo nos textos normativos estaduais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso repetitivo. Ação monitória. Demonstrativo de evolução da dívida. Ausência ou insuficiência. Suprimento. Art. 284 do CPC.[1]

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. DEMONSTRATIVO DA EVOLUÇÃO DA DÍVIDA. AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA. SUPRIMENTO. ART. 284 DO CPC.

1. Para fins do art. 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC, firma-se a seguinte tese: a petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do art. 284 do CPC.

2. Aplica-se o entendimento firmado ao caso concreto e determina-se a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para que conceda à autora a oportunidade de juntar demonstrativo de débito que satisfaça os requisitos estabelecidos neste acórdão.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas,

acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Marco Buzzi acompanhando o Sr. Ministro Relator, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: "A

petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do artigo 284, do Código de Processo Civil." Os Srs. Ministros Sidnei Beneti (em sessão anterior), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi (voto-vista) e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio

---

[1] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338490&num_registro=200901627810&data=20150415&formato=PDF

Bellizze (art. 162, § 2º, RISTJ).

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 08 de abril de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.

Relator.

REsp 1.154.730/PE (2009/0162781-0) - DJe 15/04/2015.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Na origem, EMPRESA GESTORA DE ATIVOS (EMGEA), recorrente, ajuizou ação monitória em desfavor de EMERSON ALVES DA SILVA, na qual alegou que o recorrido contraiu financiamento para aquisição de bem imóvel, mas deixou de pagar 90 (noventa) prestações previstas no contrato particular de compra e venda com garantia hipotecária firmado entre as partes.

O juízo primevo indeferiu liminarmente a inicial, extinguindo o processo sem análise do mérito e declarando a carência de ação em face da falta de interesse de agir da autora, em relação à qual consignou que já possuía um título executivo representado pelo contrato de mútuo habitacional, nos termos do art. 1º da Lei n. 5.741/1971.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região deixou assentado tratar-se de matéria pacificada no âmbito daquela Corte que o contrato de mútuo habitacional vinculado a garantia hipotecária, de fato, constitui título executivo extrajudicial, suficiente para embasar ação de execução com fundamento na Lei n. 5.741/1971 ou no Decreto-Lei n. 70/1966.

Anotou, porém, que o contrato apresentado não continha as assinaturas de duas testemunhas, circunstância que o tornava ineficaz como título executivo, por não se revestir das formalidades legais exigidas pelo art. 585, II, do CPC.

Relativamente à viabilidade de utilização da monitória, decidiu o Tribunal *a quo* que a inicial não se fizera acompanhar do demonstrativo do débito, "[...] documento imprescindível por indicar os valores das prestações mensais, a aplicação dos índices de reajustes, a amortização, e demais elementos informadores da evolução da dívida, sendo aplicável ao presente caso, em face da semelhança das situações, o teor da Súmula 247 do STJ, **in verbis**: *O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória".*

Esclareceu mais o Tribunal Regional que a exigência da liquidez do débito não se restringe aos contratos de crédito rotativo, também se aplicando aos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação por força do seu caráter social.

O recurso especial foi admitido na origem como representativo da controvérsia, ficando suspensos os demais recursos que

tratam da mesma matéria até o pronunciamento final do Superior Tribunal de Justiça.

Não foram oferecidas contrarrazões.

Por decisão disponibilizada no DJe de 18.5.2011, o Ministro Massami Uyeda determinou o processamento do recurso pelo regime previsto no art. 543-C do CPC.

O douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento e desprovimento do recurso especial.

A Defensoria Pública da União requereu o ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido. Não apresentou manifestação, contudo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

O recurso especial foi interposto com base no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal e sustenta ter o acórdão recorrido violado a norma contida no art. 1.102-A do Código de Processo Civil.

Registro, inicialmente, que, embora não tenha havido prequestionamento explícito da matéria submetida a julgamento, com indicação precisa do dispositivo legal tido por vulnerado, o *decisum* regional abordou a questão de maneira suficiente a ensejar conhecimento do apelo.

De fato, apenas da leitura da ementa do acórdão hostilizado já se apreende a tese em discussão. Confira-se:

> "Direito Processual Civil. Ação Monitória. SFH. Contrato de Mútuo Habitacional. Falta de assinatura de duas testemunhas. Pressuposto legal. O contrato de mútuo habitacional, vinculado à garantia hipotecária, é título executivo extrajudicial, servindo de alicerce para ação de execução com base na Lei 5.741/71, ou execução extrajudicial, nos termos do Decreto-Lei 70/66. No contrato em questão, encontram-se ausentes as assinaturas de, ao menos, duas testemunhas, sendo ineficaz como título executivo, por não se revestir das formalidades legais, como exige o art. 585, II, do CPC. É imprescindível que o contrato de mútuo se faça acompanhar do demonstrativo da evolução da dívida, a fim de que possa constituir-se em documento hábil para instruir a ação monitória. Carência de Ação. Manutenção da sentença. Apelação improvida" (sem grifos no original).

O ponto central a ser analisado, portanto, como já definiu o Ministro Massami Uyeda na decisão que admitiu o processamento do recurso na forma estabelecida no art. 543-C do CPC, é saber se o demonstrativo do débito constitui elemento essencial para viabilizar o uso da ação monitória ou, mais exatamente, se pode ser aplicado extensivamente o óbice da Súmula n. 247/STJ aos contratos de mútuo imobiliário, valendo repetir aqui o conteúdo desse enunciado: "*O*

contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória" .

Não obstante o baixo formalismo que caracteriza o procedimento monitório, entendo, sempre que se tratar de cobrança de soma em dinheiro, ser indispensável a apresentação pelo credor de demonstrativo que possibilite ao devedor o perfeito conhecimento da quantia que lhe está sendo reclamada.

De fato, embora seja possível a discussão sobre o *quantum debeatur* nos embargos à ação monitória, é necessário que haja o detalhamento da dívida, com a indicação de critérios, índices e taxas utilizados, a fim de que o devedor possa validamente impugná-los em sua peça de resistência.

Conforme lição de Antônio Carlos Marcato (*Procedimentos Especiais* , 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 308), *"relativamente às prestações pecuniárias e às de dar coisas fungíveis, certamente se exige não apenas a atualidade do direito invocado pelo autor, como, ainda, a liquidez e a exigibilidade da prestação correspondente, pois, uma vez convolado o mandado monitório em título executivo judicial, não se abrirá qualquer oportunidade para a liquidação do crédito. Essa liquidez poderá ser demonstrada mediante simples cálculos aritméticos elaborados pelo próprio autor, que deverá, então, instruir a petição inicial com a memória discriminada daqueles, tal como previsto no art. 604 do CPC, valendo-se o réu dos embargos ao mandado para impugnar tanto os valores indicados quanto os critérios utilizados para a sua apuração".*

No mesmo sentido caminha a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (*Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 3, 10ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 348) quando aponta os elementos que a inicial da ação monitória deve conter:

> "A narrativa constante da peça inicial e a prova escrita apresentada pelo autor deverão abranger – ainda que indiretamente, como se frisou – a constituição (o evento gerador) e a exigibilidade (ocorrência do termo ou condição etc) do crédito. Deverá existir a adequada exposição dos fatos constitutivos do crédito pretendido: os documentos escritos trazidos com a inicial, em vez de dispensar tal narrativa, apenas servirão de prova dos fatos narrados.
>
> A fundamentação da peça inicial e a prova escrita envolverão, ainda, os fatos que permitam a determinação da quantidade devida, quando se tratar de dinheiro ou bem fungível. É que não há espaço para nenhum procedimento liquidatório – quer entre a expedição do mandado e sua comunicação ao réu, quer entre a fase cognitiva e a executiva. Aliás, e também por essa razão, terá de acompanhar a inicial o demonstrativo do cálculo da quantia de-

> vida, de que trata o art. 614, II, pois na hipótese de ser concedido o mandado de cumprimento e o réu não embargá-lo, diretamente se ingressará na fase executiva."

Apreciando hipótese absolutamente idêntica à que ora se examina, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro proferiu voto no AgRg no REsp n. 689.759/RN (DJ de 20.6.2005), em cuja ementa se lê:

> "Processual Civil. Ação Monitória. SFH. Contrato de aquisição de casa própria. Demonstrativo de débito. Necessidade. Precedentes. Súmula 247-STJ. Agravo regimental desprovido."

Consta do voto o seguinte: *"[...] como bem ressaltou o juízo de primeiro grau, 'se se exige a liquidez da dívida em relação a contratos de crédito rotativo, com mais razão deve-se exigir a demonstração inequívoca do débito referente a contrato do Sistema Financeiro da Habitação, em face de seu reconhecido caráter social"*.

É importante registrar, contudo, que, detectada a falta ou insuficiência do demonstrativo, tem a parte o direito de saná-la, nos termos do art. 284 do CPC, entendimento que se estende à própria inicial de execução, na forma da jurisprudência dominante.

Isso posto, para fins do disposto no art. 543-C, sugiro seja adotada a seguinte solução: a petição inicial de ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, dele constando os elementos necessários à quantificação do valor cobrado. Verificando-se a falta ou insuficiência do demonstrativo, tem a parte o direito de supri-la, nos termos do art. 284 do CPC.

No caso concreto, **dou provimento ao recurso** e, aplicando o entendimento firmado, determino a devolução dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que se conceda à ora recorrente a oportunidade de juntar ao feito demonstrativo de débito que satisfaça os requisitos estabelecidos neste acórdão. Os ônus da sucumbência serão fixados pelo magistrado primevo ao final.

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:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Sidnei Beneti, pediu VISTA antecipadamente o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Aguardam os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Trata-se, na origem, de ação monitória ajuizada por EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA contra EMERSON ALVES DA SILVA, com base em contrato de mútuo habitacional com garantia hipotecária, regido pela Lei n.º 4.380/1964 (Sistema Financeiro Habitacional).

O Juízo de primeiro grau indeferiu liminarmente a inicial e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir (fls. 40/43, e-STJ). Segundo o juiz sentenciante, o contrato objeto da lide, por si só, tem força executiva, nos termos do art. 1º da Lei nº 5.741/1971, cabendo ao credor apenas duas alternativas para cobrar o crédito nele representado: **a**) execução extrajudicial prevista nos arts. 31 e 32 do Decreto-lei nº 70/1966; ou **b**) execução específica prevista da própria Lei n.º 5.741/1971.

Contra a sentença foi interposta apelação, na qual se alegou que a ação monitória foi proposta porque havia "*dúvidas concretas e objetivas acerca da natureza executiva do título acostado aos autos*", além de risco de prescrição da dívida. Disse a apelante (fl. 49, e-STJ):

> A CAIXA/EMGEA de forma precavida entendeu mais prudente e razoável ajuizar a referida ação monitória em detrimento do processo de execução, tendo em vista proteger o interesse público ameaçado por uma possível prescrição, caso o douto magistrado estivesse convencido da não executividade do título em litígio.

Caso, porém, mantido o entendimento da sentença de que o contrato teria executividade, requereu a apelante que fosse "*dado prosseguimento ao feito, transformando-se a ação monitória em demanda executiva* " (fl. 54, e-STJ), em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas.

A egrégia Terceira Turma do TRF da 5.ª Região negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fls. 62-66, e-STJ):

> Direito Processual Civil. Ação Monitória. SFH. Contrato de Mútuo Habitacional. Falta de assinatura de duas testemunhas. Pressuposto legal. O contrato de mútuo habitacional, vinculado à garantia hipotecária, é título executivo extrajudicial, servindo de alicerce para ação de execução com base na Lei nº 5.741/71, ou execução extrajudicial, nos termos do Decreto-Lei 70/66. No contrato em questão, encontram-se ausentes as assinaturas de, ao menos, duas testemunhas, sendo ineficaz como título executivo, por não se revestir das formalidades legais, como exige o art. 585, II, do CPC. É imprescindível que o contrato de mútuo se faça acompanhar do demonstrativo da evolução da dívida, a fim de que possa constituir-se em documento hábil para instruir a ação monitória. Carência de Ação. Manutenção da sentença. Apelação improvida.

Da leitura do voto condutor do acórdão recorrido, conclui-se que o Tribunal corroborou o fundamento único da sentença, no sentido de que houve carência de ação por falta de interesse de agir. A propósito, confira-se o seguinte excerto (fls. 63/64, e-STJ):

> A sentença declarou a carência de ação, ante a falta de interesse de agir, por considerar como título executivo o contrato de mútuo habitacional, vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, sendo instrumento hábil para o ajuizamento de ação de execução, e não de ação monitória.
> A jurisprudência desta eg. Terceira Turma é pacífica ao reconhecer que o contrato de mútuo habitacional, vinculado à garantia hipotecária, é título executivo extrajudicial, servindo de alicerce para ação de execução com base na Lei 5.741/71, ou execução extrajudicial, nos termos do Decreto-Lei 70/66.
> (...)
> Nada tenho a reformar na sentença que declarou a carência de ação, por falta de interesse de agir.

No entanto, como na apelação houve o pedido alternativo de que, caso mantido o entendimento da sentença, a monitória fosse convertida em execução, o Tribunal acresceu mais dois fundamentos ao julgado: **a**) o contrato não teria a assinatura de duas testemunhas e, portanto, também não poderia ser cobrado na via executiva; e **b**) mesmo que fosse cabível a monitória, ela deveria ter sido instruída com o demonstrativo do débito, por aplicação analógica do enunciado nº 247 da Súmula do STJ.

Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso especial (fls. 69/75, e-STJ), com base no art. 105, III, "a", da CF, alegando violação do art. 1.102-A, do CPC. Sustenta, em síntese, que o acórdão recorrido, ao exigir que a petição inicial da ação monitória em questão viesse acompanhada de demonstrativo do débito, "*fez uma exigência que a lei não faz*" (fl. 72, e-STJ). Aduz que o enunciado da Súmula 247 do STJ tem aplicação restrita ao contrato de abertura de crédito em conta-corrente, não podendo ser estendido ao caso dos autos, que cuida de mútuo habitacional.

Sem contrarrazões (fl. 83, e-STJ).

Juízo de admissibilidade positivo (fl. 84, e-STJ).

Distribuídos os autos ao eminente Ministro MASSAMI UYEDA, Sua Excelência decidiu afetar o julgamento do recurso a esta Segunda Seção, sob o rito dos recursos repetitivos, a fim de que fosse firmada orientação sobre "*a aplicação extensiva do óbice da Súmula 247/STJ aos contratos de mútuo imobiliário* " (fls. 90/92, e-STJ).

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso, por falta de prequestionamento e impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos (fls. 98/102, e-STJ).

A Defensoria Pública da União requereu seu ingresso no feito como *amicus curiae* (fl. 104, e-STJ), o que foi aceito pelo então Ministro relator (fl. 106, e-STJ). No entanto, apesar de devidamente intimada (fl. 114, e-STJ), não apresentou manifestação (fl. 117, e-STJ).

Redistribuídos os autos ao Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, este apresentou voto pelo **provimento** do recurso especial, sendo acompanhado pelo Ministro SIDNEI BENETI.

Pedi vista dos autos, para melhor exame do caso.

É o relatório.

VOTO

O inconformismo merece prosperar.

1. A lei específica que disciplina a matéria contém determinação de que a execução de contrato de mútuo habitacional será feita mediante a utilização do rito nela prevista, excluída expressamente a aplicação subsidiária **do procedimento executório** previsto no Código de Processo Civil (art. 10, da Lei n.º 5.741/1971).

E, na hipótese, verifica-se a existência de decisões monocrá-ticas recentes e divergentes quanto à possibilidade de o credor utilizar o procedimento monitório, colacionando-se, à guisa de exemplificação, os seguintes julgados **a favor:** REsp 1.513.130/SC, rel. Min. **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, DJe 05/03/2015; REsp 1.427.865/PE, rel. Min. **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, DJe 26/02/2015; REsp 1.445.038/PE, rel. Min. **LUIS FELIPE SALOMÃO**, DJe 02/02/2015; EDcl no REsp 1.427.406/PE, rel.ª Min.ª **NANCY ANDRIGHI**, DJe 28/08/2014; REsp 1.405.286/PE, rel. Min. **RICARDO VILLAS BOAS CUEVA**, DJe 27/11/2013; e, **contra:** AREsp 338.555/PE, rel. Min. **RAUL ARAÚJO**, DJe 03/03/2015; REsp 1.408.555/PE, rel. Min. **MOURA RIBEIRO**, DJe 08/10/2014; REsp 1.444.313/PE, rel. Min. **SIDNEI BENETI**, DJe 04/08/2014, e REsp n.º 1.431.524/PE, rel. Min. **MARCO BUZZI**, DJe 24/02/2014.

Percebe-se, todavia, após o detido estudo da jurisprudência desta Corte Superior a consolidação do entendimento de que o credor, embora disponha de título executivo extrajudicial, possui a faculdade de levar a lide ao Poder Judiciário da forma que lhe aprouver, desde que a escolha por um ou por outro meio processual não venha a prejudicar o direito de defesa do devedor (EDcl no REsp 1231193/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 06/02/2015).

Com efeito, em casos análogos, tem-se admitido o ajuizamento de ação monitória por quem dispõe de título executivo extrajudicial, uma vez não existir prejuízo ao réu em procedimento que lhe franqueia ampliados meios de defesa (REsp n.º 1.445.038/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 02/02/2015).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. AÇÃO MONITÓRIA. AJUIZAMENTO. POSSIBILIDADE. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, é possível ao credor possuidor de título executivo extrajudicial ajuizar ação monitória para a respectiva cobrança. Precedentes. Incidência da Súmula 83 / STJ.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 606.420/SP, Rel. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015)

CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DE DECISÃO EM RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO MONITÓRIA. CREDOR MUNIDO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. INTERESSE PROCESSUAL. PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO. TEMA CENTRAL. FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O prequestionamento é evidente quando a controvérsia trazida no recurso especial foi o tema central do acórdão recorrido.

2. Pode o credor preferir a via da ação monitória mesmo estando munido de título executivo, situação que não causa prejuízo ao devedor, que dispõe da via dos embargos, de ampla cognição, para discutir a dívida. Precedentes.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no REsp 1231193/RS, Rel. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 06/02/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. APARELHADA EM TÍTULO EXECUTIVO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES.

1. Não há impedimento legal para que o credor, possuidor de título executivo extrajudicial, utilize o processo de conhecimento ou da ação monitória para a cobrança.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 403.996/SP, Rel. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 13/02/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE TAMBÉM DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTE STJ.

1. A atribuição da qualidade de título executivo ao contrato de abertura de crédito fixo não impede a utilização, segundo a livre faculdade do credor, da

ação monitória, procedimento que, comparado ao processo de execução, não traz maiores prejuízos ao réu.
2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
(AgRg no REsp 1209717/SC, Rel. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA EM VEZ DE AÇÃO DE EXECUÇÃO. FACULDADE DO CREDOR, DESDE QUE A OPÇÃO NÃO IMPLIQUE PREJUÍZO À DEFESA DO DEVEDOR. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.
1.- Embora disponha de título executivo extrajudicial, o credor tem a faculdade de levar a lide ao conhecimento do Judiciário da forma que lhe aprouver, desde que a escolha por um ou por outro meio processual não venha a prejudicar do direito de defesa do devedor.
Não é vedado pelo ordenamento jurídico o ajuizamento de Ação Monitória por quem dispõe de título executivo extrajudicial.
2. O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
3. Agravo Regimental improvido.
(AgRg no AREsp 148.484/SP, Rel. Ministro **SIDNEI BENETI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012)

Portanto, à luz da gradativa evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pode se afirmar que não é cabível a extinção da ação monitória intentada com base em título executivo extrajudicial, pois, ainda que possível também o ajuizamento da execução, a extinção da monitória não atende a nenhum interesse legítimo das partes, não contribui para a efetividade da tutela jurisdicional e tampouco constitui em nulidade insanável que traga prejuízo ao devedor, contrariando os princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas.

Entende-se, assim, revisando o posicionamento antes defendido, que a tese firmada pela Corte Regional, quanto à falta de interesse de agir da instituição credora, encontra-se superada, mormente porque a vedação contida na lei de regência do presente caso somente proíbe a utilização subsidiária do rito executivo comum do CPC, autorizando-se o exame da questão nos termos em que restou afetada.

2. Na hipótese, como bem alerta o ilustre relator, inobstante a falta de rigor procedimental da monitória, sempre que se tratar de cobrança de soma em dinheiro, é indispensável a apresentação pelo credor de demonstrativo da dívida, possibilitando ao devedor o correto e perfeito conhecimento da quantia que lhe está sendo reclamada.

E, nos termos do entendimento pretoriano dominante, na ausência ou na insuficiência do de-

monstrativo, a parte credora tem o direito de saná-la consoante o disposto no art. 284 do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO MONITÓRIA. DOCUMENTOS CONSIDERADOS INDISPENSÁVEIS PELO TRIBUNAL. ART. 284 DO CPC NÃO OBSERVADO. ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO STJ. FUNDAMENTOS DO REGIMENTAL QUE NÃO ALTERAM O DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no AREsp 200.064/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, **TERCEIRA TURMA**, julgado em 19/08/2014, DJe 26/08/2014)

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. DOCUMENTAÇÃO COLACIONADO PELO CREDOR TIDA POR INSUFICIENTE PELO ACÓRDÃO ESTADUAL. CARÊNCIA DE AÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO. AFASTAMENTO. ART. 284 DO CPC. OPORTUNIDADE DE INSTRUÇÃO DO FEITO. ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E ECONOMIA PROCESSUAIS.
> I. Os princípios da instrumentalidade e economicidade processuais recomendam que detectada a falta documental quando da instrução da inicial, seja oportunizada à parte a sua juntada, nos termos do art.284 do CPC, caso da cobrança feita pela via monitória.
> II. Recurso especial conhecido em parte e provido.
> (REsp 743.928/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, **QUARTA TURMA**, julgado em 09/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 147)

Concluindo, tão-somente no intuito de contribuir com a solução do tema ora exposto, sugere-se uma pequena alteração quanto à redação da tese do art. 543-C, do CPC, no escopo de simplificar o enunciado da súmula de julgamento:

> A petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuiza-mento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do art. 284 do CPC.

3. Ante o exposto, acompanha-se o voto condutor e, no caso concreto, dá-se

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:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Marco Buzzi acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Segunda Seção, por unanimida-

de, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: "A petição inicial da ação monitória para cobrança de soma em dinheiro deve ser instruída com demonstrativo de débito atualizado até a data do ajuizamento, assegurando-se, na sua ausência ou insuficiência, o direito da parte de supri-la, nos termos do artigo 284, do Código de Processo Civil."

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti (em sessão anterior), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi (voto-vista) e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (art. 162, § 2º, RISTJ).

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Parte 4

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.