

Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

**ADVOCEF**

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

Rua Siqueira Campos, 940/201 - Porto Alegre - RS

Telefones: (51) 3286-5366 - 0800-6478899

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Londrina, ADVOCEF, v.1, n.8, 2009

Semestral

ISSN: 1808-5822

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

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisão: *Pedro Augusto Furasté*

Tiragem: 2.000 exemplares

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Gráfica Editora Pallotti*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Davi Duarte (Porto Alegre)

Vice-Presidente

Bruno Vicente Becker Vanuzzi (Porto Alegre)

1º Tesoureiro

Fernando da Silva Abs da Cruz (Novo Hamburgo)

2º Tesoureiro

Mariano Moreira Júnior (Florianópolis)

1º Secretário

Ricardo Gonçalez Tavares (Porto Alegre)

2º Secretário

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

Diretor de Articulação

Carlos Alberto R. de Castro Silva (Recife)

Diretor de Comunicação

Roberto Maia (Porto Alegre)

Diretor de Honorários

Gryecos Attom V. Loureiro (Volta Redonda)

Diretor de Negociação

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Diretor de Prerrogativas

Júlio Vítor Greve (Brasília)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Davi Duarte

Fabiano Jantalia Barbosa

João Pedro Silvestrin

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)
Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)
Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)
Laert Nascimento Araújo (Aracaju)
Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Membros Suplentes

Arcinélio de Azevedo Caldas (Campos dos Goytacazes)
Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)
Maria Eliza Nogueira da Silva (Brasília)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)
Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)
Liana Cunha Mousinho Coelho (Belém)

Membros Suplentes

Fábio Romero de Souza Rangel (João Pessoa)
Sandro Cordeiro Lopes (Rio de Janeiro)

■ SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

MENSAGEM 9

PARTE 1 – ARTIGOS

**Transferência da localidade da prestação do trabalho.
Alteração contratual. Incidência do adicional**

João Pedro Silvestrin 13

A prescrição de ofício na Justiça do Trabalho

Elga Lustosa de Moura Nunes 33

**Alguns apontamentos sobre a Súmula 393 do TST e
o princípio da ampla devolutividade no processo
do trabalho**

Lucas Ventura Carvalho Dias 65

**De volta ao tema - a eficácia executiva das sentenças
declaratórias e a lei 11.232/2005**

Eduardo Henrique Videres de Albuquerque 79

**O processo monitório – um estudo comparado das
legislações espanhola e brasileira**

Wilson de Souza Malcher 93

O *amicus curiae* no Recurso Extraordinário

Juliana Varella Barca de Miranda Porto 121

**Ação rescisória em matéria constitucional e a
aplicação da Súmula 343 do STF**

Lenymara Carvalho 147

**A relevância dos princípios negociais no
descumprimento do contrato**

*Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Iliane Rosa
Pagliarini* 165

Serviços advocatícios, Código de Defesa do Consumidor e onerosidade excessiva: comentários ao Recurso Especial N ° 364.168	
<i>Karin Wietzke Brodbeck, Diego Pedruzzi, Diego Salazar de Souza, Eduardo Amorim de Mattos, Giane Pedrita Andrade, Gislaine Michelon e Izana Grevenhaven</i>	189
O direito de vizinhança e o registro imobiliário	
<i>Marcelo Quevedo do Amaral</i>	203
O direito real do promitente comprador	
<i>Alessandro Borghetti</i>	221

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça	
<i>Corte Especial. Honorários em cumprimento de sentença. Art. 475-I do CPC. Lei n° 11.232/05</i>	257
Superior Tribunal de Justiça	
<i>Processo repetitivo. Ações revisionais. Contratos Bancários. Juros. Mora. Cadastros restritivos</i>	265
Tribunal Regional Federal da 5ª Região	
<i>Vícios de Construção. Empréstimo. Illegitimidade da Caixa</i>	269
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
<i>FIES. Ação Revisional. Capitalização. Juros</i>	273
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
<i>Lei Municipal. Tempo de espera na fila. Suspensão de atividades</i>	283

| APRESENTAÇÃO

Nesta oitava edição de sua Revista de Direito, a ADVOCEF brinda seus leitores contumazes com mais um belo e consistente conjunto de artigos jurídicos e jurisprudência selecionada.

Temas atuais e com os mais diversos matizes, oferecendo análise, cotejo, estudo e críticas, nas várias áreas do Direito.

Produzidos, em sua maior parte, por integrantes atuais e pretéritos do corpo jurídico da Caixa, os artigos selecionados refletem o elevado grau de especialização de seus autores.

Disponibilizados através de uma publicação inicialmente criada para dar visibilidade à produção científica de seus associados, os trabalhos divulgados desde 2005 por este canal revelam o quanto é viável incentivar e ampliar as discussões de temas jurídicos, gestadas muitas vezes no cotidiano profissional.

A troca de experiências, o estudo aprofundado de temas jurídicos, a proposição de dar eco às manifestações teóricas nascidas dos quadros profissionais, tudo se soma para justificar e compreender o sucesso e a longevidade desta publicação.

Incentivando e sendo incentivada a dar seguimento ao projeto, a ADVOCEF sente-se duplamente realizada com a produção desta obra.

Seja pelo valor pessoal de seus verdadeiros e especiais responsáveis – os estudiosos e incansáveis autores -, seja pelo sentimento do dever cumprido, mas jamais concluído, a entidade pode afirmar que o sonho é realidade.

Os resultados mais efetivos e permanentes deste desafio são e serão sempre a satisfação da Associação com a resposta dada por seus representados ao chamado, somado ao orgulho individual de cada integrante desta coletividade pela existência deste veículo.

Ao divulgarmos um tanto do que produzimos, individual e coletivamente, descortinamos novos e infindáveis horizontes, firmando a certeza de que os valores contidos em cada trabalho publicado são parcelas concretas de um todo maior, poderoso e capaz de elevar a própria percepção de nossas potencialidades.

Diretoria Executiva da Advocef

MENSAGEM

Perplexos observamos o mundo se debater em uma crise sem precedentes.

A sua origem, no âmago dos Estados Unidos da América, deixa à mostra uma estranha face da única fortaleza com o poder de destruir a maior potência mundial, após a II Grande Guerra.

O inimigo interno agiu subrepticiamente. Quando o mundo acordou, o poder americano mudara. Então o capitalismo privado mostrou uma face nada agradável, eis que a base de sustentação daquele modelo fora gravemente distorcida.

Em face disso, o Brasil tem recebido inúmeros elogios, por sua política de manter alguns órgãos públicos atuando como pêndulos entre a iniciativa privada e o interesse do Estado. Tudo indica que um moderado controle de atividades essenciais, com o fomento aos interesses públicos, visando atingir o bem comum e as camadas menos favorecidas da população, aliado à liberdade à iniciativa privada, seja o ponto que permitirá equilibrar e adequadamente propiciar o crescimento organizado do país.

É um modelo diferente, esse brasileiro, mas que se mostrou o mais adequado, a par das dificuldades que o caracterizam.

Portanto, mantenhamos viva a esperança de que estamos no caminho certo: um mundo melhor depende da adequação de inúmeros fatores, que precisam ser organizados e integrados, para gerar um resultado positivo. Mas, fundamentalmente, as premissas devem ser corretas, sob pena de a obra ruir, em pouco tempo, ainda que a impermanência seja a tônica da vida.

**Davi Duarte
Presidente da ADVOCEF**

PARTE 1

ARTIGOS

Transferência da localidade da prestação do trabalho. Alteração contratual. Incidência do adicional

João Pedro Silvestrin

Ex-advogado da Caixa

Desembargador do Trabalho do TRT 4ª Região

Pós-graduado em Direito e Economia

e da Empresa - FGV

Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário - UNISC

RESUMO

O presente estudo aborda o fenômeno da transferência do empregado como alteração contratual do contrato de trabalho. Mediante exame da evolução legislativa sobre o tema, pretende-se instigar a discussão sobre a possibilidade de implementação por mero ato unilateral do empregador; estabelecer pressupostos à validade do ato, com ênfase ao instrumento de resistência do empregado. Pretende-se, ainda, estabelecer as diferenças entre a transferência provisória e a definitiva e os efeitos jurídicos de cada uma delas, elencando, por final, as hipóteses de incidência do adicional salarial previsto na norma legal.

Palavras-chave: Contrato Individual de Trabalho. Possibilidade de alteração. Transferência definitiva ou provisória. Adicional de transferência.

RESUMEN

El presente estudio aborda el fenómeno de la transferencia del empleado como alteración del contrato laboral. Por intermedio del exámen de la evolución legislativa sobre el tema, pretendemos fomentar la discusión sobre la posibilidad de implementación por acto uniletaral del empleador; establecer supuestos a la validad del acto con énfasis al instrumento de resistencia del empleado. El artículo pretende, aún, establecer las diferencias entre la transferencia provisoria y la definitiva y sus respectivos efectos jurídicos, delineando las situaciones en que resulta debido el adicional salarial previsto en la norma reglamentadora.

Palabras-llave: Contrato Individual de Trabajo. Posibilidad de alteración. Transferencia definitiva o provisoria. Adicional de transferência.

Introdução

O contrato individual do trabalho, por ser de trato sucessivo, está sujeito a alterações - obrigatórias ou voluntárias. A regra geral quanto às modificações voluntárias é a imutabilidade, salvo comum acordo das partes e desde que delas não decorra prejuízo, direta ou indiretamente, ao empregado.

Dentre essas alterações encontra-se a transferência do empregado para prestar serviço em localidade diversa daquela para a qual foi contratado, que será objeto de nosso estudo, mediante a análise de sua configuração, da evolução legislativa sobre o tema; da possibilidade de implementação por ato unilateral pelo empregador e das condições que devem ser atendidas; do instrumento de resistência do empregado contra o ato da transferência; da hipótese de incidência do adicional salarial previsto na norma legal; de quais empregados podem percebê-lo; e dos critérios para definir a natureza da transferência: provisória ou definitiva.

1 Contrato individual do trabalho. Alteração contratual. Breve enfoque

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no que se refere ao contrato individual do trabalho, adotou o princípio da inalterabilidade das condições contratadas, excepcionando tão-somente as alterações que forem fruto de mútuo consentimento e não resultem em prejuízo ao empregado, quer direta ou indiretamente, que reflete o princípio da proteção da parte mais fraca na relação de emprego. Caso não sejam atendidas as condicionantes citadas - mútuo consentimento e ausência de prejuízo - a alteração procedida será nula.

Embora inúmeras sejam as classificações encontradas na doutrina quanto às alterações das condições do contrato individual de trabalho, verifica-se que, invariavelmente, é contemplado o critério que leva em consideração a sua origem. Maranhão, ao analisar a classificação das alterações contratuais, também o faz em relação à origem da modificação:

Dissemos, de início, que as condições de trabalho, muitas vezes, modificam-se, independentemente da vontade das partes. Quanto à sua origem, classificam-se, pois, as alterações das condições de trabalho em: obrigatórias ou voluntárias, ou seja, as que independem da vontade dos contratantes, resultando da lei ou de norma a esta equiparada, e as que provêm de manifestação de vontade. Serão estas últimas unilaterais ou

bilaterais, conforme sejam fruto da vontade de uma, ou do consenso de ambas as partes.¹

Nascimento, por sua vez, leciona:

A relação de emprego, desenvolvendo-se como vínculo de trato sucessivo, sofre constantes alterações: umas quanto aos seus sujeitos, outras pertinentes ao trabalho prestado ou à organização da empresa; as primeiras denominadas *subjetivas*, as segundas, *objetivas*.²

A sucessão de empregadores e a alteração na estrutura jurídica do empregador são exemplos de alterações obrigatórias ou subjetivas. Enquanto que as modificações nas condições do trabalho que decorrem do *jus variandi* - dentre elas a transferência de empregados - são exemplos de alterações voluntárias ou objetivas.

Para Catarino, "apesar da aparência em contrário, a regra somente alcança as alterações voluntárias, unilaterais e bilaterais, prejudiciais ao empregado, o destinatário da proteção."³

No que se refere ao reconhecimento do *jus variandi*, o autor acima citado declina:

O direito de variar, do empregador, tem por fundamento genérico a chamada livre iniciativa econômica [...] refletida na concepção dominante da empresa [...], com algum tempero institucionalista, servindo de base à subordinação. Por isso admite-se, considerando-se a necessidade da organização empresária, a possibilidade lícita de o empregador alterar, limitada e estritamente, em determinadas ocasiões, o conteúdo da prestação de trabalho, se não configurar inadimplemento prejudicial ao empregado, nem for antinormativo. De qualquer maneira, o *ius variandi* vai até onde começa o *ius resistentiae*, durante a vida da relação de emprego, "dinâmica e aberta".⁴

A alteração voluntária unilateral, no entender de Krotoschin, citado por Alice Monteiro de Barros, está intimamente vinculada ao *jus variandi*, o qual decorre do poder diretivo e é visto como uma faculdade concedida ao empregador para "realizar modificações e variações na prestação de serviços conforme as circunstâncias, exigências ou perigos que surjam na realidade fática."⁵

¹ MARANHÃO, *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21.ed. atual. São Paulo: LTr, 2003. p.527.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 9.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p.370.

³ CATARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 3.ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. p.150.

⁴ CATARINO, José Martins, 1982. p.148.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p.799.

O *jus variandi*, no direito brasileiro, diante do princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho, insculpido no artigo 468 da CLT, que na realidade se constitui na principal garantia do empregado frente ao arbítrio do empregador, somente pode ser compreendido e admitido mediante a observância de limites estritos.

Portanto, a inalterabilidade das condições do contrato individual do trabalho, além de se constituir em garantia a favor do empregado, apresenta-se como limitador ao *jus variandi* do empregador.

As alterações contratuais que se referem ao objeto do contrato de trabalho e que ocorrem com maior frequência são as relacionadas com a jornada de trabalho, a natureza do serviço prestado, a variação de salário e a transferência da localidade da prestação do trabalho.

Nosso estudo se dedicará a examinar mais detidamente a alteração do contrato individual de trabalho quanto à transferência da localidade da prestação do trabalho contemplada no artigo 469, §§ 1º e 3º, da CLT: quando esta é possível de ser implementada de forma unilateral pelo empregador; quando surge o ônus deste de pagar suplemento salarial, de no mínimo 25% sobre o salário anteriormente percebido pelo empregado – adicional de transferência; quais os mecanismos de proteção do empregado contra este ato; as disposições legais pretéritas e atuais sobre o tema, bem como as discussões relevantes a respeito trazidas pela jurisprudência.

2 Da configuração da transferência

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no Capítulo III, do Título IV, que trata da alteração do contrato individual de trabalho, destinou regramento específico àquela que implica na transferência da localidade da prestação do trabalho, consoante o disposto nos artigos 469 e parágrafos e 470.

Dois aspectos devem ser enfrentados, primeiramente, para definir quanto à existência ou não de transferência para efeitos de incidência das normas celetistas acima citadas. Tem-se entendido que só haverá suporte fático quando a transferência impuser para o empregado a prestação de trabalho em “localidade diversa da que resultar do contrato” e acarretar-lhe “mudança de domicílio”.

Quanto ao primeiro aspecto, não há que se confundir, na espécie, localidade contratada para prestação dos serviços com o local desta prestação. Enquanto aquela tem conceito mais amplo, diz respeito a cidade, município ou região econômica, este refere-se ao espaço físico (escritório, agência, etc.) em que é desenvolvido o trabalho. Delgado corrobora com a assertiva:

Localidade interpreta-se aqui como município (desde que não envolva extensa área rural) ou como cidade (“espaço urbano”). No máximo, pode-se acolher, nesta interpretação, o conceito de região metropolitana, desde que a nova distância não provoque alteração na residência do trabalhador.⁶

Maior controvérsia há na doutrina em relação a saber se o legislador utilizou o termo “domicílio” na forma que a lei civil o define ou o fez como sinônimo de residência.

Na realidade, ao referir-se a domicílio o legislador quis, efetivamente, dizer residência, pois consoante a grande maioria dos doutrinadores, esta é a única interpretação razoável que se pode atribuir ao dispositivo legal. Vejamos:

No entendimento de Camino, “A lei está a reclamar interpretação razoável, nos casos de transferência provisória, nos quais a mudança de residência já é suficiente para caracterizar a transferência.”⁷

Barros Júnior sustenta: “O que a norma trabalhista procura é a residência do trabalhador, onde tem sua moradia, onde mantém a sua família, esposa e filhos, onde formou as suas relações sociais, matriculou seus filhos em escolas. A perspectiva, pois, é diversa do Direito Civil.”⁸

Idêntico posicionamento é explicitado por Haddad: “A transferência do empregado é definida, pela lei consolidada, pois, como aquela que acarreta mudança de domicílio do empregado, expressão infeliz escolhida pelo legislador, sendo que a jurisprudência tratou de interpretá-la como ‘residência’”.⁹

Sussekind, relativamente à questão em discussão, consigna:

De acordo, porém, com a definição legal, não se considera transferência a que não acarretar, necessariamente, a mudança do domicílio do empregado. Estamos em que a palavra domicílio, usada pelo legislador, não deve ser entendida no sentido técnico-jurídico, e sim no de residência, que melhor corresponde à finalidade da norma.¹⁰

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. A transferência obreira no Brasil: regras e efeitos jurídicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 66. n. 1, jan./mar. 2000. p.156.

⁷ CAMINO, Carmen. **Direito Individual do trabalho**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p.450.

⁸ BARROS JUNIOR, Cássio Mesquita. **Transferência de empregados:** urbanos e rurais. São Paulo: LTr, 1980. p.161.

⁹ HADDAD, José Eduardo. **Precedentes jurisprudenciais do TST comentados**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2002. p.247-8.

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21.ed. atual. São Paulo: LTr, 2003. p.545.

Outro não é o posicionamento firmado por Delgado:

A Consolidação vale-se da expressão domicílio (“não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de seu domicílio”: *caput* do art. 469). Porém, na verdade, quer a lei se referir preferivelmente à noção de residência, já que este é o dado fático que importa aos objetivos do critério celetista em exame (domicílio é conceito jurídico, ao passo que a lei está preocupada é com o dado fático da residência do trabalhador e sua família).¹¹

Registre-se, por fim, que posicionamento contrário é sustentado por Russomano,¹² de que o termo domicílio foi utilizado no seu estrito sentido, não podendo ser confundido com residência.

O termo domicílio contido no texto da norma do artigo 469 da CLT, apesar do respeitável posicionamento contrário de parte da doutrina, deve ser entendido como sinônimo de residência, ou seja, basta que haja exigência da mudança desta, por parte do empregado, para localidade diversa da contratada para prestação do trabalho, mediante determinação do empregador, para que reste configurada a situação prevista na norma legal em comento.

3 Da transferência da localidade da prestação dos serviços. Evolução legislativa

Na execução do contrato de trabalho a regra é a intransferibilidade da localidade da prestação dos serviços, salvo quando houver mútuo consentimento das partes em sentido contrário.

Referido princípio emerge do *caput* do artigo 469 da CLT, que, registre-se, permanece até hoje com a redação original:

Art. 469 – Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem sua anuênciā, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

No entanto, o próprio legislador tratou de mitigar a regra, prevendo situações em que é possível ocorrer a transferência por meio de ato unilateral do empregador, independentemente da anuênciā do empregado.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. 2000. p.152.

¹² RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17.ed. atual. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p.594.

As exceções são reconhecidas por Sussekkind:

Mas a própria lei abre algumas exceções, permitindo a transferência do empregado por ato unilateral do empregador quando:

- o trabalhador exerce cargo de confiança (§ 1º do art. cit.)
- o contrato tiver ajuste explícito ou implícito de transferibilidade em caso de real necessidade de serviço (§ 1º, *in fine*, com a redação da Lei 6.203/75);
- ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado (§ 2º do art. Cit.) ressalvando ao estabilitário optar pela indenização de antiguidade (art. 497 e 498)
- verificar-se a necessidade de serviço e a transferência tiver caráter provisório, hipótese em que o empregado perceberá adicional nunca inferior a 25% dos seus salários, enquanto permanecer na localidade diversa da estipulada no seu contrato (§ 3º do art. 469).¹³

Examinando a matéria, Camino sustenta:

À luz do art. 469 e seu § 1º da CLT, o exercício da transferência é, em princípio, vedado. Em situações específicas, contudo, o legislador abre o permissivo e tal está intrinsecamente vinculado ao contrato. Legitimam a transferência a concordância do empregado, previsão contratual, explícita ou implícita, o fato do empregado exercer cargo de confiança e principalmente a existência de necessidade de serviço.¹⁴

O artigo 469 em destaque, quando de sua redação original, continha dois parágrafos que assim dispunham:

Art. 469 – [...]

§ 1º Não estão abrangidos na proibição desta artigo: os empregados que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência.

§ 2º É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

O art. 470, originariamente, estabelecia:

Art. 470 – Em caso de necessidade de serviço, o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará

¹³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social.** v. 7. São Paulo: LTr, 1992. p.107.

¹⁴ CAMINO, Carmen, 2004. p.448-9.

obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

Parágrafo único – As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador.

Constata-se, ao exame do texto original do parágrafo 1º do artigo 469, que os empregados nele contemplados - que exercam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência - estavam totalmente desprotegidos, em total desconformidade com os princípios informadores do direito do trabalho que primam pela proteção do trabalhador, pois a todo momento e sem qualquer motivação, por ato unilateral do empregador, poderiam eles ser transferidos para qualquer outra localidade, diversa daquela para a qual foram contratados, não dispondo de nenhum instrumento para oferecer resistência, por mínima que fosse, ainda que referido ato viesse acarretar-lhes prejuízos de toda ordem.

Evidencia-se, ainda, que os parágrafos 1º e 2º do artigo 469, com sua redação original, se destinavam a regular, especificamente, a transferência definitiva, enquanto que o disposto no artigo 470, também na sua redação original, em contrapartida, tratava da transferência provisória.

Tinha, assim, o empregador, dupla possibilidade em relação à transferência de empregado. Para implementar a transferência definitiva bastava que o empregado exercesse cargo de confiança ou constasse, no seu contrato de trabalho, condição implícita ou explícita de transferência. Já para transferir provisoriamente o empregado, além de ter de comprovar a necessidade de serviço, lhe era imposto um pagamento suplementar, nunca inferior 25%, do salário que o empregado transferido percebia anteriormente, enquanto perdurasse a transferência.

Nas duas espécies de transferência, o ônus de suportar as despesas decorrentes do traslado eram do empregador.

O pagamento suplementar previsto na norma legal trata-se de adicional salarial, devido enquanto perdurar a condição, no caso a transferência provisória, razão pela qual não se incorpora definitivamente ao contrato de trabalho.

A redação original do artigo 469, em especial do seu parágrafo 1º - transferência definitiva -, favorecia a fraude e subvertia a relação contratual. Primeiro porque o conceito atribuído ao empregado no exercício de cargo de confiança era interpretado de forma ampla e irrestrita a fim de permitir o enquadramento no permissivo legal. Segundo porque a cláusula que estipulava a possibilidade da transferência passou a ser obrigatória e expressa em todo e qual-

quer contrato de trabalho, nos moldes de contrato de adesão, sem qualquer poder de barganha ou de resistência por parte do empregado para que referida disposição contratual dele não constasse.

Diante dos aspectos acima apontados toda e qualquer transferência restava, em tese, amparada pela norma do parágrafo 1º do artigo 469 da CLT, em redação originária. Consequentemente a regra contida no artigo 470 passou a não ter qualquer valia, assim como a da intransferibilidade contida no *caput* do artigo 469.

Tais fatos foram levados a conhecimento dos legisladores, sendo que no ano de 1967, o Deputado Federal Francisco Amaral apresentou o Projeto de Lei nº. 50, que foi publicado no Diário do Congresso Nacional de 06 de abril de 1967, com ampla justificativa, pelo qual foi proposta nova redação ao artigo 469 e seus parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho, com o nítido objetivo de torná-lo harmônico com os princípios informadores do Direito do Trabalho, em especial o da proteção.

Da justificativa apresentada pelo ilustre deputado federal destacamos alguns aspectos, pela sua relevância:

O artigo 469, da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu *caput* consagra uma regra geral sadia: vedo a transferência dos empregados para localidade diversa da que resultar do contrato. Não considera transferência a que não acarretar, necessariamente, a mudança de domicílio. Entretanto, a jurisprudência já vem entendendo, pacificamente, que se deve entender nessa referência a domicílio, o propósito de ressalvar a residência do empregado e não propriamente o domicílio.

[...]

Entretanto, o § 1º do mesmo artigo nº. 469, é uma porta aberta para a fraude. Diz ele que não estão compreendidos na proibição “os empregados que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita a “transferência”.

[...]

O problema, surge porém, no caso dos “contratos que tenham como condição implícita ou explícita a transferência”. A rigor, nenhum contrato teria essa condição, pois nenhum empregado ao ajustar seus serviços pretenderá sujeitar-se a uma tal instabilidade quanto ao local da prestação dos serviços, sujeitando-se, daí por diante, ao arbítrio exclusivo do empregador, a remoções.

E de se reconhecer, entretanto, que algumas profissões impõem a remoção para que o empregado possa fazer carreira.

[...]

A jurisprudência, entretanto, vem emprestando grande elasticidade a esse dispositivo.

[...]

A amplitude da permissão, pelo menos como vem sendo entendido, dá margens a abusos de certos empregadores ou de intermediários entre estes e os trabalhadores. Remoções são feitas quando o empregador quer forçar o empregado a se demitir sem que exista um motivo realmente sério – Meras antipatias pessoais de gerentes. Chefes de pessoal, até mesmo de chefes de serviço, não raro causam grandes transtornos a bons trabalhadores, casados, chefes de numerosas famílias, ou estudantes, que são eles obrigados a deixar o emprego.

O projeto que ora apresentamos visa coibir esses abusos, bem como outro, ainda mais comum, qual o de inserirem os empregadores em contratos, puramente de adesão, porque impressos, mimeografados ou datilografados apenas a assinatura do empregado, a cláusula expressa de transferência, prática essa que a rigor torna de nenhum efeito o *caput* do artigo 469.¹⁵

O projeto de Lei em questão permaneceu na Câmara dos Deputados até ao ano de 1974, oportunidade em que foi encaminhado ao Senado Federal, onde tramitou sob o nº. 81/74, sendo relator o Senador Guido Mondim.

Referido projeto gerou a Lei 6.203, de 17/4/1975, que, além de introduzir o parágrafo 3º no artigo 469, alterou a redação do seu parágrafo 1º, modificou o disposto no artigo 470, e incluiu o item IX no artigo 659, todos da CLT.

Registre-se que as modificações produzidas pela Lei 6.203/75 não contemplaram todas aquelas constantes do Projeto encaminhado pelo Deputado Federal Francisco Amaral. Embora isso, o seu objetivo primordial foi mantido, qual seja, o de evitar o uso da transferência de empregados de forma abusiva como então ocorria.

Antes da edição da Lei 6.203/75, em razão de inúmeras reclamações trabalhistas que versavam sobre a questão – alegação de transferências abusivas -, a matéria foi objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho, tendo a jurisprudência se cristalizado nos termos da Súmula de nº. 43 do TST: “Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço” (RA 41/1973, DJ 14.6.1973).

A alteração introduzida pela Lei 6203/75, a toda evidência, além de contemplar a jurisprudência firmada, tornou as normas relativas a transferência do empregado mais consentâneas e harmônicas com os princípios basilares do Direito do Trabalho.

Vejamos como ficou a nova redação destes artigos:

¹⁵ Brasília. Diário do Congresso Nacional, 6 abr. 1967. Seção I, Suplemento. p.7.

Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§ 1º - Não estão compreendidos na proibição desse artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

§ 2º - É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§ 3º - Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

Art. 470 - As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador.

Nenhuma polêmica gerou o fato do parágrafo único do artigo 470 passar a ser o seu *caput*, uma vez que a alteração foi oportunamente pacificou discussão até então existente de que as despesas decorrentes da transferência somente seriam suportadas pelo empregador quando está aposse provisória. Da forma como ficou redigido o artigo, não há margem a qualquer outra interpretação que não seja a de que, em havendo transferência do empregado, quer seja ela provisória ou definitiva, é ônus do empregador suportar as despesas dela decorrentes.

Apesar disso, a nova redação do artigo 469 e seus parágrafos fez surgir enorme celeuma na esfera jurídica, em especial quanto a sua interpretação, uma vez que o *caput* do artigo 470, que disciplinava a transferência provisória e previa o suplemento salarial – adicional de transferência -, foi transformado no parágrafo 3º do artigo 469. Assim sendo, a transferência definitiva e a provisória passaram a ser reguladas pelo mesmo dispositivo legal, qual seja: artigo 469 e seus parágrafos.

Quanto à interpretação que deve ser dada em relação ao conteúdo no parágrafo 3º do artigo 469 da CLT, valioso é o alerta de Camino, o qual, pela forma didática que foi feito, destacamos:

No que respeita ao atual § 3º do artigo 469 (anteriormente, *caput* do artigo 470), a inadvertência do legislador poderá causar séria distorção do instituto ali regulado.

Com efeito, mantendo-se, no § 3º do artigo 469, a mesma redação do enunciado principal do antigo artigo 470, no qual ressalvadas da transferência provisória as restrições do artigo anterior (que, obviamente, antes da alteração legislativa, era o artigo 469 na redação limitada ao *caput* e aos §§ 1º e 2º), a atual leitura do § 3º do artigo 469 parece sugerir que o empregador poderá determinar a transferência provisória do empregado *não obstante as restrições do artigo anterior*, ou seja, o artigo 468. Tal implicaria desmembrar a transferência provisória do regime geral das transferências estabelecido no artigo 469 e colocá-la no campo de atração do artigo 468, que trata de alteração bilateral do contrato de trabalho.

Um juízo de razoabilidade, conjugado com a interpretação histórica da CLT, leva-nos ao estabelecimento de uma leitura compreensiva, adequada ao sistema de proteção do contrato de trabalho, consubstanciado nos três artigos integrantes do Capítulo IV do Título IV – Da Alteração.

Tal pressupõe “ler” o atual § 3º do art. 469 (antigo *caput* do art. 470), da seguinte forma:

“Em caso de necessidade de serviço, o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, *não obstante as restrições do caput e §§ 1º e 2º deste artigo, ...*”

Que restrições são essas?

- a vedação da transferência sem anuênciam do empregado, ou
- a vedação de transferência sem cláusula expressa ou tácita que a autorize.¹⁶

O acréscimo da locução “quando esta decorra de real necessidade de serviço” na parte final do parágrafo 1º do artigo 469, contemplou o posicionamento já pacificado na jurisprudência, de que na ausência de referida condição presumia-se abusiva a transferência.

A partir de então, tem-se como regra geral que o empregador somente poderá transferir o empregado para localidade diversa daquela contratada para prestação de serviços mediante a comprovação “de necessidade de serviço”, no caso de transferência provisória e de “real necessidade de serviço” no caso de transferência definitiva.

Catarino, neste ponto, critica o legislador aduzindo: “Pelo visto, segundo a Lei nº. 6.203/75, para remoção bilateral, exige-se “real necessidade de serviço”, e para a unilateral, apenas “necessidade de serviço”, quando deveria ser o inverso.”¹⁷

¹⁶ CAMINO, Carmen, 2004, p.452-3.

¹⁷ CATARINO, José Martins, 1982. p.162.

Enquanto que na transferência provisória a única exigência para sua licitude é a necessidade transitória de serviço, a transferência definitiva exige a observância da regra geral antes mencionada e, ainda, que o empregado transferido exerça cargo de confiança ou em cujo contrato conste como condição, implícita ou explícita, a transferência.

A presença da real necessidade de serviço ou necessidade de serviço serão, obrigatoriamente, auferidas mediante prova a ser produzida pelas partes, quando questionada a licitude da transferência pelo empregado. Não diz a lei o que seja real necessidade de serviço ou necessidade de serviço. É certo, contudo, que a real necessidade de serviço exige para sua configuração prova mais robusta do que aquela que se destina a comprovar a necessidade de serviço.

Carrion explicita:

Necessidade de serviço entenda-se a impossibilidade de a empresa desenvolver a atividade a contento, sem o concurso do empregado que transfere. É o que a doutrina incida: não haver no local profissional habilitado (Sussekind, Comentários); que o serviço não possa ser executado por outro empregado (Magano, Lineamentos); haverá que avaliar a diferença de dificuldades em utilizar o empregado que vai ser transferido e as dificuldades em se encontrar um novo; balança-se este fator de importunação que causará ao empregado que se pretende transferir. Necessidade é superior a mera conveniência; não chega aos requisitos que fundamentam a força maior ou os prejuízos manifestos a outros institutos. Real necessidade. Não no sentido de verdadeiro, que para isso o adjetivo seria inútil aqui; mas no sentido de que a necessidade para transferência definitiva (§ 1º) tenha de ser objetiva, palpável, superior a simples necessidade de transferência provisória (§ 3º). A maior qualificação do empregado é fator que sempre pesou para se considerar justificada a mudança.¹⁸

Portanto, toda transferência de empregado que não decorra, obrigatoriamente, de necessidade de serviço ou real necessidade de serviço será abusiva.

Neste aspecto, com o intuito de evitar a transferência abusiva do empregado, a Lei 6.203/75, mediante a inclusão do item IX, no artigo 659 da CLT, constituiu para o empregado instrumento que lhe possibilita utilizar o *jus resistentiae*, mediante a concessão de competência ao Juiz do Trabalho para, liminarmente, sustar a ef-

¹⁸ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 29.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p.334.

tivação da transferência disciplinada nos parágrafos do artigo 469 - definitiva ou provisória - até a decisão final do processo.

4 Adicional de transferência. Incidência

Anteriormente à edição da Lei 6.203/75, que deu nova redação aos artigos 469, parágrafos e 470 da CLT, a questão de quando e a quem ser devido o adicional de transferência apresentava-se de forma pacífica.

Os empregados enquadrados nas situações previstas no parágrafo 1º do artigo 469, estavam sujeitos a transferência definitiva, independentemente da real necessidade de serviço, sem qualquer possibilidade de resistência e sem direito a perceber o suplemento salarial – adicional de transferência. O empregador, neste caso, suportava, tão-só os ônus das despesas decorrentes da transferência.

Na transferência provisória, que era prevista no “caput” do artigo 470 da CLT, que se dava mediante a demonstração da necessidade de serviço, exceto em relação aos empregados que se enquadram no parágrafo 1º, todos os demais a ela estavam sujeitos, devendo o empregador, neste caso, além de arcar com as despesas dela decorrentes, pagar ao empregado suplemento salarial de, no mínimo, 25% do salário recebido na localidade anterior, enquanto perdurar a situação.

Contudo, referida situação deixou de ser pacífica, em especial no que se refere a ser devido ou não o adicional nos casos de transferência definitiva, bem como se os empregados que atendessem às condições do parágrafo 1º do artigo 469 da CLT teriam direito a perceber o adicional, uma vez que o caput do artigo 470 da CLT transformou-se, literalmente, no parágrafo 3º do artigo 469, ou seja, este artigo e seus parágrafos passaram a reger a transferência de empregados, definitiva ou provisória.

A linha doutrinária que defende ser devido o adicional independentemente da transferência ser provisória ou definitiva, pondera que o texto legal não exclui o pagamento do adicional no caso de transferência definitiva, interpretação que vai de encontro ao seu próprio objetivo, que visa auxiliar o empregado a suportar as despesas não só da troca de residência, mas a compensar todos os demais transtornos familiares. Ademais, a natureza da transferência em nada afetaria o ônus do empregador de suportar o adicional, mas sim se relaciona com o grau de resistência que o empregado poderá ter para obstar a transferência imposta.

Nesse sentido decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA – A lei não faz distinção entre a transferência provisória e a definitiva para efeitos de recebimento do respectivo adicional. O fato gerador do direito ao adicional de transferência é a simples transferência para local diverso do da contratação, com alteração de domicílio. A existência de previsão contratual e o fato da transferência decorrer de necessidade de serviço só significam que o empregado pode ser unilateralmente transferido, sem ser necessária a sua concordância. Recurso adesivo a que se dá provimento para acrescer à condenação o pagamento do adicional de transferência previsto no § 3º do art. 469 da CLT. (TRT 4ª R. – RO 01280.2000.661.04.00.9 – 1ª T. – Rel. Juíza Ione Salin Gonçalves – DOERS 09.09.2004).¹⁹

Um segunda corrente defende que o adicional somente é devido ao empregado quando a transferência for provisória, nos moldes previstos no artigo 469, parágrafo 3º, da CLT sendo que o adicional previsto neste parágrafo deve restringir-se à situação nele prevista, não podendo ser estendido àqueles empregados que se enquadram na hipótese do parágrafo 1º do citado artigo, por se tratarem de situações distintas.

Nesse sentido decisão proferida pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

TRANSFERÊNCIA – ADICIONAL – CARGO DE CONFIANÇA – O empregado que exerce cargo de confiança sujeita-se à cláusula de transferibilidade, não fazendo jus ao adicional de transferência, a teor do que dispõe o artigo 469, § 1º, da CLT. (TRT 2ª R. – Proc. 02970235301 – Ac. 02980265947 – 8ª T. – Rel. Juiz Raimundo Cerqueira – DOESP 02.06.1998).²⁰

Por fim, há os que sustentam que o adicional é devido também àqueles empregados enquadrados no parágrafo 1º, do artigo 469 da CLT, quando a sua transferência for provisória. Estes entendem que o fator preponderante para auferir se é devido ou não o adicional é a natureza da transferência: se provisória será ele devido; se definitiva, não é cabível.

A jurisprudência veio a acolher esta última corrente, consoante os termos em que lavrada a Orientação Jurisprudencial de nº 113 da Seção de Dissídios Individuais I do TST:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PRO-

¹⁹ SÍNTESI TRABALHISTA. Porto Alegre: Síntese, n. 185, nov. 2004. Mensal. p.82.

²⁰ SÍNTESI TRABALHISTA. Porto Alegre: Síntese, n. 115, jan. 1999. Mensal. p.91.

VISÓRIA. O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória. (Inserida em 20.11.1997)

Em suma, hoje a regra é que todo o empregado, exercente de cargo de confiança (art. 62, II, da CLT) ou não, que for transferido nos moldes do artigo 469, parágrafos 1º e 3º, desde que provisoriamente, terá direito a percepção do adicional de transferência.

Contudo, referido Precedente Jurisprudencial nos traz grande dificuldade quando se examina a questão de forma prática, no tocante a definir o que seja transferência provisória. Isto porque o legislador não definiu o que se considera transferência provisória e nem estipulou qualquer prazo para sua configuração.

Diante dessa omissão, qual a melhor forma para estabelecer se a transferência é provisória ou definitiva?

A doutrina e a jurisprudência tem-se utilizado de alguns critérios, dentre eles o tempo que perdurar a transferência e o *animus* das partes no momento em que ela é efetivada.

Delgado²¹ sustenta que é melhor utilizar um critério transparente e objetivo. Quando a transferência efetivada não mais puder ser questionada quanto ao modo, conteúdo e validade, ou seja, tenha ela sido produzida já no período prescrito do contrato, deve ser entendida como definitiva, caso contrário, será provisória.

Em sentido mais restrito, registra Barros²², que deve ser aplicado, por analogia, o contido no artigo 478, parágrafo 1º, da CLT, e considerar transferência provisória a que dure até um ano, diante do fato de que o primeiro ano do contrato é considerado período de experiência.

Este posicionamento é encontrado na jurisprudência:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA – Devido apenas quando ocorre a transferência em caráter provisório. O adicional de transferência, no percentual de 25% dos salários do empregado, previsto no § 3º, do art. 469, da CLT, somente é devido em se tratando de transferência provisória, e não definitiva. Inteligência da OJ 113 da SDI-1/TST. Embora o legislador não tenha definido o que se considera transferência provisória, também não fixando o prazo de sua duração, a doutrina e jurisprudên-

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. A transferência obreira no Brasil: regras e efeitos jurídicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 66. n. 1, p.151-9, jan.-mar. 2000. p.156.

²² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p.811.

cia têm lançado mão da analogia para considerar provisória a transferência que dure até um ano, com fundamento no § 1º, do art. 478, da CLT. In casu, o autor prestou serviços, na localidade para onde foi transferido, por aproximadamente 19 meses, o que faz incidir o entendimento de que a transferência se deu de modo definitivo, e não provisório. (TRT 3ª R. – RO 01663.2002.112.03.00.3 – 5ª T. – Rel^a Juíza Maria Cristina Diniz Caixeta – DJMG 11.10.2003).²³

O tempo de duração da transferência, embora possa se constituir em critério objetivo, na maioria dos casos não se apresenta como a melhor solução. Isso porque, uma transferência que durar 30 dias pode ter idêntica natureza de uma que durar 2 anos, quando ela estiver vinculada a uma necessidade provisória e eventual da empresa. O porte e a atividade da organização empresarial são fatores que, direta ou indiretamente, auxiliam na verificação quanto à natureza da transferência.

Não há, pois, critério objetivo que nos permita, com segurança, definir se uma transferência é provisória ou definitiva, o que nos leva, obrigatoriamente, a examinar caso a caso, considerando todas as circunstâncias que de alguma forma contribuíram para a transferência do empregado.

Diante disso, torna-se indispensável a busca, pelos meios de prova disponíveis, caso a caso, de qual foi o *animus* em que se deu a transferência.

Quando o empregado tem pleno conhecimento que “vai para voltar ao posto de trabalho de origem, do qual não se desvincula”²⁴ a transferência é de caráter provisório, e quando o deslocamento é ordenado pela empresa e recebido com a certeza de que a prestação dos serviços se dará, no novo local de trabalho, sem previsão de retorno, resta evidente que a transferência é definitiva.²⁵

O Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento proferido pela 3ª Turma, acórdão de lavra da Exma. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, deixa evidente que se deve considerar, de forma preponderante, o elemento subjetivo - *animus* – que esteve presente à época da transferência para que se possa definir, com maior certeza, qual foi o efetivo caráter em que ela foi efetivada: provisória ou definitiva.

RECURSO DE REVISTA. TRANSFERÊNCIA. CARÁTER PROVISÓRIO Na falta de outros elementos de prova, o fato de a transferência perdurar por dilatado espaço

²³ SÍNTES TRABALHISTA. Porto Alegre: Síntese, n. 176, fev. 2004. Mensal. p.76.

²⁴ CAMINO, Carmen, 2004. p.453.

²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo, 1992. p.107.

de tempo, tem sido entendido como forte indicador da definitividade da operação. Essa presunção não é, contudo, absoluta, podendo ser elidida por outras provas, que atestem a ausência de ânimo definitivo na mudança de localidade. Essa é precisamente a hipótese dos autos em que o Tribunal Regional noticia um pacto para o retorno do Autor a São Paulo. Dessarte, pactuado o retorno do trabalhador ao local de origem, não há falar em definitividade da transferência. Entendimento diverso demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância, ante o óbice da Súmula nº. 126 desta Corte. Recurso de Revista não conhecido.

[...]

A natureza da transitoriedade da remoção não pode ser constatada apenas objetivamente, tornando-se imprescindível o *ánimus* existente à época, ou seja, o liame psicológico entre empregador e empregado, tão bem revelado pela testemunha do autoral. ST-RR 1325/2003-005-06-00.0 – 3^a T. Rel. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julg. 23/11/2005, publ. DJ 17/02/2006)²⁶

De extrema valia, portanto, que se formalize o ato da transferência, mediante comunicação escrita ao empregado, na qual seja explicitado a que título ela está sendo realizada – definitiva ou provisória -, bem como sejam mencionadas as circunstâncias que à época a geraram.

É certo, contudo, de que nenhum valor terão referidas cautelas, se não restar demonstrada a necessidade de serviço à época da efetivação da transferência, requisito sem o qual não há que se falar em transferência lícita nos termos do artigo 469, parágrafos 1º e 3º, da CLT.

Conclusão

A regra geral quanto à alteração da localidade da prestação de serviços é a intransferibilidade, salvo mútuo consentimento.

A alteração das regras da transferência, introduzidas pela Lei 6.203/75, tornaram o seu regramento harmônico com os princípios norteadores do Direito do Trabalho, principalmente o da proteção do hipossuficiente. A lei institui instrumento de resistência para o empregado obstar a ordem de transferência, mediante a concessão de competência ao Juiz do Trabalho para sustar, liminarmente, a efetivação da transferência.

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** n. 1325/2003-005-06-00.0, julgado em 23 de novembro de 2005. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publicado no DJ de 17 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em 01 de março de 2006.

Somente frente à real necessidade de serviço o empregador pode transferir definitivamente, de forma unilateral, os empregados detentores de cargos de confiança, aqui compreendidos aqueles enquadráveis no artigo 62, II, da CLT.

O empregador pode transferir unilateralmente, de forma provisória, por necessidade de serviço, qualquer empregado, mediante o pagamento do adicional de transferência. O único requisito legal exigível para que o empregado, quer exercente de cargo de confiança, ou não, perceba o adicional de transferência, é a provisoriação desta.

O critério de tempo (duração da transferência) não se presta como pressuposto único para definir a natureza da transferência. O critério preponderante para definir a natureza da transferência é o *animus* com que ela foi efetivada.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROS JUNIOR, Cássio Mesquita. **Transferência de empregados: urbanos e rurais**. São Paulo: LTr, 1980.
- BRASIL. Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://planalto.gov.br>. Acesso em 21.02.2005.
- BRASIL. Lei 6203, de 17 de abril de 1976. Dá nova redação aos artigos 469 e seus parágrafos, 470 e 659 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 21.02.2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 37. edição. Atualizada até a Emenda Constitucional nº. 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 1325/2003-005-06-00.0, julgado em 23 de novembro de 2005. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publicado no DJ de 17 de fevereiro de 2006. In: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em 01.03.2006.
- CAMINO, Carmen. **Direito Individual do trabalho**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 29.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004
- CATARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.
- DELGADO, Maurício Godinho. A transferência obreira no Brasil: regras e efeitos jurídicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 66. n. 1, p.151-159, jan./mar. 2000.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília. 6 de abril de 1967. Seção I, Suplemento.

- HADDAD, José Eduardo. **Precedentes jurisprudenciais do TST comentados.** 2.ed. São Paulo: LTr, 2002.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho.** 9.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1991.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários aos precedentes normativos e às orientações jurisprudenciais do TST.** 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMAR, Carla Tereza Martins. **Alterações do contrato de trabalho:** função e local. São Paulo: LTr, 2001.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 17. ed. atual. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada.** 38.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2005.
- SÍNTESE TRABALHISTA. Porto Alegre: Síntese nº. 115 jan. 1999, 176 fev. 2004 e 185, nov. 2004. Mensal.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho.** 21.ed. atual. São Paulo: LTr, 2003
- _____. **Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social.** São Paulo: LTr, 1992. v. 7.

A prescrição de ofício na Justiça do Trabalho

Elga Lustosa de Moura Nunes
Advogada da Caixa no Distrito Federal
Pós-graduada em Direito Processual - UNISUL

RESUMO

A reforma do Código de Processo Civil produziu alterações substanciais na sistemática processual. O processo do trabalho não ficou imune às transformações. A norma do art. 219, § 5º do CPC, implementada para garantir a duração razoável do processo, instituída pela E.C. 45/04 contém algo antes inimaginável: a pronúncia de ofício da prescrição, alcangando este instituto à categoria de norma de ordem pública. Entende-se que o novo regramento aplicado com observância do contraditório é plenamente aplicável ao âmbito trabalhista, em atenção ao que dispõe o art. 769 da CLT e sem macular o princípio protetivo.

Palavras-chave: Art. 219, § 5º do CPC. Prescrição *Ex officio*. Contraditório. Princípio da proteção.

ABSTRACT

The reform of the Code of Civil Procedure has created substantial changes in the procedural systematic. The process of labour has not been immune to change. The rule of art. 219, Paragraph 5 of the CPC implemented to ensure a reasonable duration of the process, established by the E.C. 45/04, contains something unimaginable before: the pronunciation *ex officio* of the prescription, promoting the institute to the category of standard of public policy. The new regulation, implemented in compliance with contradictory, is fully applicable to the labor class, in respect to the disposal of the art. 769 of CLT and without tarnish the protective principle.

Keywords: Art. 219, § 5º do CPC. Prescription. Contradictory. Protective Principle.

Introdução

O presente trabalho tem por finalidade averiguar a aplicabilidade da norma do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil (CPC), ao processo trabalhista.

É possível dizer que as recentes inovações do processo civil refletiram no processo do trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é expressa para autorizar a aplicação do CPC ao processo trabalhista, conforme norma do art. 769.

Então, inicialmente, será feita uma aborgadem geral da reforma processual civil para se chegar, posteriormente, na aplicação subsidiária do CPC ao Processo Trabalhista, já que as mudanças havidas atingem o processo como um todo, influindo em todos os ramos processuais, inclusive no trabalhista, que tem características próprias.

É indubitável que as reformas tiveram por fim alcançar a celeridade do processo, para tornar concreta a norma inserida pela E.C. 45/04, que previu a duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Não que a duração razoável não fosse antes da previsão algo a ser alcançado, mas é que a elevação, à categoria de *status constitucional*, deste fim almejado, provocou a atuação do legislador infraconstitucional no sentido de criar mecanismos para que se dê efetividade ao disposto na Constituição.

No meio de tantas inovações pode, portanto, haver dúvidas acerca da aplicabilidade das normas reformistas ao processo que não seja meramente civil, seja pela existência de normas específicas, seja pela possibilidade de conflito com o direito material.

Ressalte-se que, para entender aplicável a norma do art. 219, § 5º, do CPC a diversos ramos do Direito, o processo deve ser visto como um todo, que faz parte de um ordenamento jurídico coeso, sendo possível a aplicação dessas normas aos outros processos e, no caso, ao processo trabalhista, respeitando-se os princípios informadores deste ramo.

Também, em outro diapasão, para se entender a aplicação deste regramento será feito um estudo na prescrição, sem pretensão de esgotar a matéria, direcionado ao fator de estabilização e segurança jurídica embasador do instituto e justificador do novel dispositivo.

Por fim, o disposto no art. 219, § 5º, do CPC, será confrontado com o princípio informador do Direito do Trabalho e extensível ao Processo do Trabalho, que é o princípio da proteção, culminando com a conclusão acerca da aplicabilidade da norma a este ramo do Direito.

1 O Processo Civil: as recentes reformas no Código de Processo Civil

O Processo Civil atual é bem diferente do Processo Civil de 10 anos atrás, que é pouco tempo para passar por uma verdadeira

reformulação, notada até por pessoas que não fazem uso, diariamente, desta ferramenta de trabalho.

Com efeito, as reformas operadas a partir de 2001 tiveram por fim dar ao processo civil um tom mais arrojado, para torná-lo mais célere e durável nos limites do razoável, visando à resolução dos conflitos sociais de forma dinâmica, sem engessamentos.

Procurou-se aprimorar o processo civil para conferir-lhe maior dinamicidade, atendendo aos anseios dos cidadãos e tornando-o meio viável de pacificação social.

Nos dizeres de Eça:

Uma das coisas que mais atormenta a sociedade contemporânea é encontrar meios para tornar a justiça mais ágil e efetiva. A busca dessa agilidade, todavia, encontra limite nas garantias processuais, sobretudo no devido processo legal, em boa hora elevado à categoria de direito fundamental de qualquer ser humano que viva em solo brasileiro, pelo inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal.¹

Ao se referir às leis reformistas, Feliciano colocou o seguinte:

Gestadas na Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, ao ensejo do Pacto do Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, as Leis ns. 11.187/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06 foram endossadas por representantes dos três Poderes da República e integraram o chamado pacote republicano, apresentado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional em 15/12/04.²

Como se observa, as leis acima mencionadas foram criadas no contexto do desejo dos representantes de conceder maior rapidez à resolução dos conflitos, por isso o nome do pacto já diz tudo. Necessitava-se, portanto, urgentemente amparar o Judiciário, que perdia força na pacificação social, pois era grande o descontentamento dos indivíduos que esperavam anos a fio para obter a solução de um conflito.

Acrescenta o autor supracitado que:

Como dito supra, uma preocupação recorrente do pacote foi emprestar concreção legal ao princípio constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º,

¹ EÇA, Vitor Salino de Moura. Postulados para admissibilidade das alterações do CPC no processo do trabalho. *Justiça do Trabalho*, v. 23, n. 272, ago. 2006, p.46.

² FELICIANO, Guilherme Guimarães. O novíssimo processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão. *Caderno de doutrina e jurisprudência da Ematra XV*, v. 2, n. 5, set/out., 2006, p.212.

LXXVIII, CRFB), assim como o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Esse último, não-expreso, é um princípio constitucional implícito da Constituição de 1988 (da espécie dos princípios-garantia), imanente às normas do inciso XXXV (infastabilidade do Poder Judiciário) e do inciso LIV (procedural due process of law), ambos do art. 5º da CRFB. Eles são, em grande medida, o *leit motiv* das cinco leis federais em testilha.³

O processo civil carecia de aliar a técnica e celeridade já alcançadas no processo trabalhista, para ser considerado também meio eficaz na solução dos conflitos. Ressalte-se que o processo do trabalho já concedia ao jurisdicionado o resultado desejado no momento certo, pelo que é muito mais latente o ideal de justiça, pois os conflitos eram/são resolvidos rapidamente, com precisão e boa técnica.

Ora, a proposta reformatória, no âmbito processual civil, foi exatamente a mesma, a de dar uma feição já existente no processo do trabalho, de celeridade e de duração razoável do processo.

Nos dizeres de Paulo; Alexandrino:

Sabe-se que no Brasil a morosidade dos processos judiciais e a baixa efetividade de suas decisões, dentre outros males, retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

Diante dessa realidade, é indiscutível a importância que assume a consagração, em favor dos cidadãos, do direito de ver julgados, em prazo razoável, sem demora excessiva ou dilações indevidas, os litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário (e também da Administração Pública, no âmbito dos processos administrativos).

A relevância do reconhecimento desse direito, mesmo antes do acréscimo do inciso em comentário pela EC nº 45/2004, vinha sendo assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em mais de um julgado, teve oportunidade de afirmar a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional, de neutralizar retardamentos abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios, por parte dos magistrados e Tribunais.⁴

De ver-se que, em meio à necessidade de mudanças, surgiram mecanismos criados pelo legislador infraconstitucional para obter o provimento jurisdicional de forma célere.

³ FELCIANO, Guilherme Guimarães. 2006, p.212.

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterói: Impetus, 2008, p.186.

Feliciano, ao se referir às reformas, chama de “novíssimo processo civil”, conforme se vê:

A expressão “novíssimo processo civil”, que dá título a este trabalho, poderia suscitar a perplexidade do leitor já no primeiro contato. Isso porque tal expressão não vem sendo empregada pela doutrina autorizada (seja a processual civil, seja a processual trabalhista). Nada obstante, tomamos a liberdade de empregá-la. Não para dizer que as leis ordinárias federais doravante em comento – Leis ns. 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06 – romperam com o modelo ou paradigma processual anterior, mas tão-só para dizer que pretendem imprimir-lhe uma nova tônica, ajustada ao teor do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF (introduzido pela EC n. 45/04) e a um conceito pragmático ideologicamente marcado.⁵

Pode-se dizer, portanto, que o processo civil tentou seguir o caminho frutífero seguido pelo processo trabalhista, para assim obter também ótimos resultados, principalmente, junto à sociedade, cansada da demora processual.

Como dito por Eça, já citado:

Colocado o problema e antes da indicação dos tópicos, convém destacar que o direito processual comum sempre que é instado a se tornar mais célere, e assim eficaz, aproxima-se com o direito processual do trabalho. E observem que num passado não muito distante os cultores daquela disciplina acusavam o direito processual do trabalho de baixa científicidade.

Foi assim com a lei dos juizados especiais e está sendo assim agora, com a eliminação da execução como um processo autônomo, bem com diante da impossibilidade de se recorrer não só dos despachos de mero expediente, art. 504/CPC, alargando a vedação para os demais despachos, em linha com a nossa unirrecorribilidade.⁶

Assim, o que poderia ser novidade no âmbito processual civil, não o era no processo do trabalho, que já tinha inserido na Consolidação inúmeras normas para se alcançar a celeridade e a duração razoável do processo.

E Maranhão, ao se reportar às reformas processuais, assevera que:

No fundo, a norma quer dar braçada mais abrangente, atingindo, também, a todos quantos ope-

⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. 2006, p.211.

⁶ EÇA, Vitor Salino de Moura. 2006, p.47.

ram no âmbito processual, incluindo, nesse campo, por certo, partes e respectivos advogados, que, à luz dessa nova exigência constitucional, devem atuar – agora mais do que nunca – dentro das necessárias balizas éticas do processo, deixando de utilizar o fator tempo como recurso astucioso de prolongamento do desfecho da demanda, seja através da negativa injustificada de cumprimento de ordens judiciais, seja por meio da interposição de peças/recursos manifestamente protelatórios.

Dentre tantas novidades legislativas, tudo na esteira desse elogiável desejo constitucional de construir um processo mais célere/efetivo, certamente há que se conferir destaque para mais uma particularidade jurídica trazida pela Lei nº 11.280, de 16.02.06, em específico.⁷

Há, contudo, os que advogam contra as alterações processuais. Veja também o que diz Lisboa:

Não se pode jogar ciência ao vento apenas para prestar celeridade ao processo ou desafogar o Judiciário, sem maiores preocupações. A alteração legal ora posta à baila, ainda que imbuída de desiderato justo, pelo menos é o que parece nesse primeiro momento, traz em seu bojo uma injustiça. O Poder Judiciário tutelará o devedor inadimplente, o vulgo “caloteiro”. Pior, tutelará o “caloteiro” negligente, que sequer se defendeu com todas as armas que o direito lhe concedia. Isso tudo ofendendo princípios constitucionais como isonomia e devido processo legal.⁸

A posição do doutrinador referido desconsidera que a prescrição existe no Direito e é considerada fator de estabilização. Seria um absurdo poder o credor sempre se voltar contra o devedor, indefinidamente, como se a dívida fosse uma pecha que este devesse carregar para o resto da vida.

Ainda quanto aos poderes do juiz, Cianci assevera o seguinte: “O alargamento dos poderes do juiz sobressai nas sucessivas reformas processuais, especialmente com a introdução, em nosso direito, da antecipação de tutela (art. 273 do CPC) e da evolução da incoercibilidade, que marcou o ordenamento.”⁹

⁷ MARANHÃO, Ney Stany Morais. Pronunciamento ex officio de prescrição e processo do trabalho. **Revista do direito trabalhista**, v. 13, n.5, maio 2007, p.4.

⁸ LISBOA, Daniel. Em busca da celeridade perdida: a declaração de ofício da prescrição. Caderno de doutrina e jurisprudência da EMATRA XV, v. 2, n. 3, p.106, maio/jun., 2006, p.106.

⁹ CIANCI, Mirna. A prescrição na Lei 11.280/2006. **Revista de Processo**, v. 32, n. 148, junho, 2007, p.43.

E nas palavras de Garcia:

A prescrição, visando à segurança jurídica, estabelece limite temporal para a exigibilidade dos direitos violados, sendo de interesse geral para a coletividade. A Lei 11.280/2006, no caso, certamente por ser a prescrição matéria de ordem pública, passou a determinar que seja reconhecida, de ofício, pelo juiz.

Como mencionado, as argumentações em sentido contrário, na verdade, estão a discordar do próprio Direito objetivo ora em vigor, situando-se assim, com a devida vénia, no plano da crítica ao Direito legislado.¹⁰

Dessa feita, vê-se que é impossível passarem despercebidas as reformas processuais civis no âmbito trabalhista, pois todas têm um propósito louvável, qual seja, de melhora do sistema processual e, sendo este processo voltado à celeridade e boa técnica, nada mais plausível que a aplicação das normas processuais civis visando a sua evolução como ramo do Direito.

2 O processo trabalhista: a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

É indiscutível a autonomia do processo do trabalho frente aos demais ramos. Pode-se dizer que, no âmbito processual, o processo trabalhista é o mais novo. Muitos dos institutos são retirados do processo civil como, por exemplo, ação, autor, réu, citação válida, com as necessárias adaptações e, por isso, considera-se que há ligação entre estes ramos.

Com efeito, diante da omissão das normas celetárias, aplique-se, subsidiariamente, as normas do CPC (art. 769), em face da expressa autorização.

No entanto, a subsidiariedade legislativa exige a adequação da norma aos princípios norteadores do processo do trabalho. Deve-se garantir a harmonia do sistema, pois, ao menor sinal de rejeição, é preferível se ter a omissão legislativa a conflitos internos dentro deste ramo.

Nos dizeres de Martins:

O Direito Processual é o gênero do qual são espécies o Direito Processual Penal, Direito Processual Civil e o ramo mais recente é o Direito Processual do Trabalho. Muitos conceitos como de ação, autor, réu, exceção,

¹⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Prescrição de ofício:** Da crítica ao Direito Legis-lado à interpretação da norma jurídical em vigor. Disponível em: <http://scholar.google.com.br>. Acesso em: 01.05.2008.

reconvenção, recurso são trazidos do âmbito do Direito Processual e empregados no processo do trabalho, com suas devidas adaptações. Utiliza-se, assim, da teoria geral do processo no processo do trabalho. Na omissão da CLT , aplica-se o CPC (art. 769 da CLT).¹¹

De forma que, as alterações introduzidas no processo civil, certamente, refletirão no processo trabalhista, respeitando-se, claro, os princípios norteadores deste ramo.

O processo trabalhista, desde muito, vem alcançando resultados positivos, pois se mostra mais arrojado e enxuto.

Complementando esse raciocínio, diz o autor:

Podemos concluir que o processo do trabalho em muitos aspectos já era autônomo, mas sua autonomia total vinha sendo conquistada passo a passo. Exemplo disso é o alcance da substituição processual no processo do trabalho, em que os sindicatos atuam em nome próprio, defendendo direito alheio, e que não tem comparação com o processo comum. Já há necessidade de se fazer um novo estudo sobre as condições da ação, limites objetivos da coisa julgada e da simplificação dos procedimentos, que o processo civil intenta fazer, vindo buscar subsídios no processo do trabalho, que modificou certos conceitos, que nem em todos os casos a ele se adaptam.

O próprio Código de Defesa do Consumidor veio abeberar-se nas disposições do processo do trabalho, quando menciona a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a interpretação mais favorável ao consumidor, que em paradigma na proteção ao hipossuficiente, ao trabalhador, inclusive no campo processual do trabalho.¹²

Assim, por ser o processo do trabalho mais célere, muito das evoluções dos outros ramos representam nada mais que uma adaptação da sistemática processual trabalhista à realidade de cada uma delas. Ressalte-se que a celeridade é uma tendência a ser seguida em todos os ramos, diante da necessidade de resposta dos indivíduos frente à atividade jurisdicional do Estado.

Também veja-se o que diz Eça:

Em verdade, o direito processual do trabalho já mais ostentou a pedra que injustamente lhe atribuíram em dada época, simplesmente era um direito de vanguarda e, por isso, menos compreendido. Doravante,

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.27.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. 2006, p.27.

quem bem quiser aprender direito processual comum, terá, necessariamente, que estudar nos manuais de direito processual do trabalho.¹³

Desta forma, não se pode dizer que o processo do trabalho ficou imune às reformas ao Código de Processo Civil. Ao contrário, mostra-se inteiramente aberto a elas, naquilo que não conflitar com seus princípios basilares. Veja que o processo civil é aplicado subsidiariamente, conforme norma insculpida no art. 769 da CLT.

Pode-se afirmar, portanto, no âmbito processual, não só do trabalho, que as normas vão se interagindo na busca de enxugá-lo e torná-lo vetor máximo de justiça. Por isso, entende-se que o processo, visto como um todo, possui normas perfeitamente conviventes nas diversas sistemáticas como, por exemplo, nas esferas civil, tributária e trabalhista.

Verifica-se que a norma do art. 769 da CLT autoriza a utilização do Código de Processo Civil como via subsidiária, caso não haja norma específica na Consolidação e não conflitE com os princípios do Direito do Trabalho.

Vejamos o que diz Feliciano quanto à aplicabilidade das alterações do CPC ao processo do trabalho:

Tendo em conta que o processo do trabalho é, por excelência, o processo da celeridade tanto que, desde a origem, primava por um procedimento simples, oral (em grande medida) e concentradíssimo e da efetividade a ponto de não se exigir provocação da parte para o início dos atos de execução -, põe-se de imediato a questão dos reflexos desse novo processo civil, mais republicano, nos lindes do Direito Processual do Trabalho. As novidades ser-nos-ão de algum proveito, ex ví do artigo 769 da CLT. Devem entrar na ordem do dia das discussões doutrinais ou são, ao contrário, invencionices inúteis que nada acrescentam ao modelo celetário, menos liberal e mais pleno de cidadania? *Quid iuris?*¹⁴

Assim, à primeira vista, parece não haver óbice para a aplicação da norma do art. 219, § 5º, do CPC, pois existe norma autorizando a utilização do Código de Processo Civil (CPC) subsidiariamente.

Além disso, a norma acima prestigia muito mais o interesse público do que o privado, sendo que o art. 8º da CLT é elucidativo quanto à necessidade de observância ao primeiro. Esta norma dispõe o seguinte:

¹³ EÇA, Vitor Salino de Moura. 2006, p.47.

¹⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. 2006, p.212.

Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Desta feita, a pronúncia de ofício da prescrição atende aos reclamos sociais ou ao interesse público, sendo que a dependência de arguição da prescrição, do regime anterior, prestigiava interesses privados somente, conferindo um direito de ação ilimitado.

O art. 8º da CLT ressalta, ainda, que as decisões proferidas no âmbito trabalhista devem ser elaboradas de modo que “nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”, o que mostra que, mesmo sendo voltada para garantir o interesse dos trabalhadores, a CLT persegue, acima de tudo, o interesse público.

3 O instituto da prescrição

A prescrição é instituto que visa a garantir a segurança jurídica. É instrumento de pacificação social. A decadência também, mas ambas se distinguem.

Em virtude do fim alcançado com a aplicação destes institutos, serão feitas algumas digressões quanto a eles.

Pode-se dizer que o melhor trabalho sobre a matéria foi de autoria de Amorim, que estabeleceu a distinção entre os institutos pelo critério da classificação das ações: “As ações de natureza condenatória ligadas àqueles direitos suscetíveis de violação e as ações de natureza constitutiva, meios de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (direitos potestativos).” E as ações declaratórias segundo o mesmo autor visam a “conseguir uma certeza jurídica”.¹⁵

Desta feita, o que mais interessa para o presente estudo é saber que a prescrição está intimamente ligada às ações condenatórias, porquanto pressupõem direitos passíveis de violação, e a decadência às ações constitutivas. Ressalte-se que o fundamento delas é puramente social, pois são, antes de tudo, instrumentos de pacificação. Nos dizeres de Gagliano:

¹⁵ AMORIM Filho, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis.** Disponível em: <http://scholar.google.com.br>. Acesso em: 09.05.2008.

O maior fundamento da existência do próprio direito é a garantia de pacificação social.

De fato, ao fazermos tal afirmação, temos em mente a idéia de que o ordenamento jurídico deve buscar prever, na medida do possível, a disciplina das relações sociais, para que todos saibam - ou tenham a expectativa de saber - como devem se portar para o atendimento das finalidades - negociais ou não - que pretendam atingir.

Por isso, não é razoável, para a preservação do sentido de estabilidade social e segurança jurídica, que sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular.¹⁶

Como bem mencionado pelo autor acima referido, a prescrição nada mais é que um instrumento de estabilização, característica própria do Direito, que é ciência que tem por fim solucionar os conflitos surgidos na sociedade para assim alcançar a estabilidade social. Nesta esteira, é possível dizer que a prescrição e a decadência são instrumentos da própria essência do Direito ante o fim a que se destinam.

Maranhão, ao se referir à prescrição, expõe:

O fator tempo é utilizado pelo ordenamento jurídico como elemento assegurador de razoável estabilidade nas relações jurídicas travadas na sociedade.

Conclui-se, portanto, naturalmente, que o fenômeno da prescrição está intimamente ligado aos valiosos preceitos de segurança e estabilidade das relações jurídico-sociais.¹⁷

Conceptualmente, o Código Civil definiu a prescrição em seu art. 189, como: "Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que se referem os arts. 205 e 206".

Assim, a prescrição seria, conforme o autor acima "[...] a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei."

Com efeito, a prescrição pressupõe a inércia do titular do direito ameaçado ou violado.

Requisitos essenciais, portanto, são a inércia do titular e o decorso do tempo.

Há que ser dito, também, que a prescrição fulmina apenas a pretensão e não o próprio direito, ao contrário da decadência, que

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil.** Parte Geral. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.454.

¹⁷ MARANHÃO, Ney Stany Morais. 2007, p.4.

atinge o próprio direito. Por isso é que a doutrina, como expõe Mazzei, entende que:

A decadência se refere aos direitos potestativos, quais sejam, direitos que imprimem ao seu titular o poder de influir na esfera jurídica alheia, que tem o dever de se sujeitar e a prescrição ao nascimento da pretensão.¹⁸

E a pretensão, conforme Stolze, é:

Pretensão é a expressão utilizada para caracterizar o poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico, vale dizer, é o poder de exigir a submissão de um interesse subordinado (do devedor da prestação) a um interesse subordinante (do credor da prestação) amparado pelo ordenamento jurídico.¹⁹

Assim, relativamente ao instituto da prescrição, persiste somente que a pretensão é fulminada, subsistindo o direito sob a forma de obrigação natural.

Vejam-se os ensinamentos de Amorim sobre a pretensão:

Note-se ainda, para melhor ressaltar a diferença, que a pretensão é um poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito substancial, ao passo que a ação processual é poder dirigido contra o Estado, para que esse satisfaça a prestação jurisdicional a que está obrigado. A rigor, só quando a pretensão não é satisfeita pelo sujeito passivo, ou seja, só quando o sujeito passivo não atende a exigência do titular do direito, é que surge, como consequência, a ação, isto é, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Em resumo: violado o direito (pessoal ou real), nasce a pretensão (ação material) contra o sujeito passivo; recusando-se o sujeito passivo a atender a pretensão, nasce a ação processual, com a qual se provoca a intervenção do Estado. E também há casos em que a pretensão nasce antes da violação do direito.²⁰

Além disso, ressalta o autor que a ação, com a decretação da prescrição, é atingida indiretamente:

¹⁸ MAZZEI, Rodrigo. A prescrição e a sua pronúncia de ofício: Qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil? **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. 2.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, s/d. p.254.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. 2008, p.457.

²⁰ AMORIM Filho, Agnelo. 2008, p.17.

Desde que o início do prazo prescricional é determinado pelo nascimento da pretensão, segue-se, daí, como conclusão lógica e inevitável, que a primeira coisa atingida pela prescrição é a pretensão, e não a ação. Pode até haver casos em que se verifica a prescrição da pretensão, sem que a ação haja sequer nascido. O exemplo citado acima, com apoio no art. 327 do Código Civil, também é de utilidade aqui: assim, decorrido o prazo prescricional (iniciado com o vencimento da obrigação), sem que haja comparecido ao domicílio do devedor, e sem que esse haja manifestado recusa em efetuar o pagamento, prescreveu a pretensão (desde que o interessado tenha oferecido a exceção de prescrição), embora, a rigor, não tivesse nascido a ação. Em resumo: a ação, que é *posteriorius* lógico em relação à pretensão, é atingida apenas indiretamente pela prescrição: desde que uma pretensão fica encoberta pela prescrição, também fica encoberta a ação porventura originada daquela pretensão (ou que tinha na mesma pretensão uma das condições para o seu exercício).²¹

De ver-se que ação subsistirá, somente sendo atingida a pretensão. Por isso, há diferenças entre os institutos da prescrição e decadência e, realçando o que já foi dito, utilizam-se as palavras de Cianci:

O ordenamento anterior revelou-se pródigo nesse enleio histórico, fazendo verdadeiro amálgama entre os institutos, superado pelo Código Civil de 2002 que, inspirado no direito alemão, consagrou distinção pela qual a prescrição decorre da perda da pretensão pela omissão do seu exercício (essa é a redação do art. 189 do atual diploma) resultando estreme de dúvida que, ao contrário da decadência, não atinge o direito material do credor, mas apenas permite ao devedor opor-se à pretensão em razão do decurso do tempo previsto em lei para o exercício da demanda.²²

Assim, esboçada a diferença entre prescrição e decadência, mediante análise sinótica, sem pretensão de esgotar a matéria, aprofundaremos quanto ao tema prescrição.

3.1 Aplicação de ofício da prescrição ao processo do trabalho

A Lei 11.280/2006, como parte da chamada Reforma Processual, trouxe, como já dito, significativas mudanças no âmbito processual, que já estão causando salutares discussões no meio jurídico.

²¹ AMORIM Filho, Agnelo. 2008, p.17.

²² CIANCI, Mirna. 2007, p.33.

Uma delas diz respeito à revogação do art. 194 do CC em razão da alteração do art. 219, § 5º do CPC. O art. 194 do CC dispunha que “O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.” Ou seja, somente poderia arguir o juízo a prescrição quando se tratasse de absolutamente incapaz.

A regra agora se estendeu para qualquer situação, conforme art. 219, § 5º do CPC, que assim dispõe: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.” A prescrição, portanto, agora deve ser pronunciada de ofício.

A interpretação a ser dada é ampla: o julgador não pode aplicá-la favorecendo a parte devedora ou credora, não importa se incapaz ou não. À primeira vista é uma norma que não admite valoração, posto que determina um comando a ser executado pelo julgador.

Com o advento desta regra, muitos doutrinadores chegam a admitir que a alteração do art. 219, § 5º do CPC e a derrrogação do art. 194 do Código Civil elevaram a prescrição à categoria de norma de ordem pública.

Anteriormente à Lei 11.280/06, a prescrição era considerada matéria de exceção, ou seja, deveria ser arguida pelo réu, como meio de defesa. Hoje, já se diz que a prescrição é norma de ordem pública, porquanto agora deve ser pronunciada pelo juiz de ofício, não cabendo ao julgador se eximir de aplicá-la, caso evidentemente prescrita a pretensão. Com a nova regra não há dúvida de que a prescrição deve ser pronunciada *ex officio*.

Resta saber, porém, se a prescrição é matéria de ordem pública ou não. Vejamos doutrina de Câmara:

A lei processual não alterou em nada a matéria prescricional. O que ocorreu foi a alteração da natureza jurídica processual do instituto que passou de defesa indireta (prejudicial) de mérito, para matéria de ordem pública, não afetando as regras de seu estabelecimento, prazos, condições de suspensão ou interrupção. Outros veementemente rechaçam a nova categoria dada à prescrição ante a existência do art. 191 do CC que autoriza a renúncia da prescrição pela parte a quem aproveita, o que lhe ainda confere traços de disponibilidade, sendo, portanto, matéria eminentemente contida na esfera privada.²³

Vejamos o que dispôs Cianci:

²³ CÂMARA, Eduardo Henrique Brennand Dornellas. Discussões sobre reconhecimento *ex officio* da prescrição no processo do trabalho. **Revista do direito trabalhista**, v. 12, n. 7, jul. 2006, p.33.

Quando em relevo matéria de ordem patrimonial, ao juiz será dada a consulta às partes, mas não com aquele caráter e sim, para tomar conhecimento de causas exclusivas da natureza desse direito em debate - e que não ocorrem na seara da ordem pública -, como são as causas interruptivas, suspensivas ou até mesmo para verificar a renúncia.

São patamares absolutamente diferenciados, posto que a matéria de ordem pública poderá ser decidida a qualquer tempo, sem provocação das partes sem possibilidade de renúncia. Ainda que suscitada a questão perante as partes, a questão será decidida pelo juiz, inviável qualquer ato de disponibilidade. A prescrição, de ordem patrimonial, não poderá ser reconhecida pelo simples decurso do tempo, mas apenas depois de invocada a exceção, como visto.²⁴

Discordando da posição de que a prescrição é norma de ordem pública, Alvim ensina que:

À prescrição sempre se reconheceu, em si mesma, um caráter público (não para os fins ou que, em nosso sentir, não explicam o disposto no § 5º do art. 219), consistente - se aquele que não agiu para efetivar a sua pretensão dentro de determinado prazo - na vantagem social de manutenção da estabilidade da situação cristalizada. Paralelamente, se isto é verdadeiro, de outra parte, de uma forma predominante, sempre se reconheceu àquele a quem a prescrição podia beneficiar a facultatividade em discutir o assunto, e, daí, a chamada exceção de prescrição.²⁵

Desta forma, quanto à prescrição ser matéria de ordem pública ou não, ainda há discordância na doutrina.

Entende-se que, conjugando o que disse Alvim, que sempre se deu um caráter público à prescrição, com a norma, pode-se afirmar que a prescrição atualmente é tratada como regra de ordem pública, devendo o julgador conhecê-la de ofício, em se verificando a sua ocorrência.

Veja o que diz Jorge sobre as normas de ordem pública:

Em síntese, a noção de normas de ordem pública decorre de intervenção, de caráter geral, das políticas públicas do Estado, no sentido de alcançar todos os indivíduos, cujos destinatários não as podem descumprir, embora não se possa deixar de registrar que tanto or-

²⁴ CIANCI, Mirna. 2007, p.41.

²⁵ ALVIM, Arruda. Lei 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219 do CPC. *Revista de Processo*, v. 32, n. 143, p.24, jan. 2007.

dem pública como interesse geral são expressões extremamente fluidas e imprecisas.²⁶

E completa:

Portanto, as situações onde o juiz pode exercer a atividade jurisdicional *ex officio* estão permeadas no Direito, tanto na esfera privada, quanto na esfera pública.

Não há que se falar em invasão do princípio dispositivo - de matérias de interesse privado - eis que, em matéria de ordem pública, prevalece o interesse geral.

Sendo assim, o que se vê é que a norma de ordem pública tanto pode ocorrer na esfera privada como na pública, bastando que seja de interesse geral a norma.²⁷

O autor coloca que as normas de ordem pública atingem, dependendo do interesse geral, tanto a esfera privada como a pública, posto ser do interesse estatal a intervenção em cada uma delas.

Conforme Alvim,²⁸ à prescrição sempre se conferiu um caráter público. Dessa forma, é interesse estatal que as relações jurídicas se estabilizem e não se perpetuem no tempo. Ora, a prescrição é um meio de resolução dos conflitos (isso não se pode negar) e, por esta razão, sofre a ingerência do Estado.

E sendo assim, revestida de caráter público, mesmo com características privadas, pois se encontra no âmbito do disponível, pode-se afirmar que a norma do art. 219, § 5º confere à prescrição a categoria de norma de ordem pública.

Veja-se em que contexto isso ocorreu: o advento da E.C. 45/04 inseriu o art. 5º, LXXVII da CF. Trata esta regra da necessidade de duração razoável do processo. Após a inserção desta regra no texto constitucional, o legislador precisou implementá-la, e se viu com a tarefa de produzir mecanismos para viabilizá-la. Um desses produtos foi a alteração do regramento do art. 219, § 5º do CPC, constituindo-se uma das medidas adotadas pelo legislador na busca da celeridade, ao lado, por exemplo, do art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei 11.277/06, que autoriza o juiz a proferir sentença idêntica, quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferidas reiteradas decisões de improcedência, dispensada a citação, bem como a inserção de dois parágrafos ao regramento do art. 518 do CPC, instituídos pela mesma Lei, que asseveram que o juiz:

²⁶ JORGE, Mário Helton. A Garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente parcialidade. *Revista de Processo*, v. 31, n. 135, p.297, maio. 2006.

²⁷ *Ibidem*, p.297.

²⁸ ALVIM, Arruda. 2007.

a) não receberá o recurso quando a sentença estiver em conformidade com Súmula do STJ e do STF;

b) poderá proceder ao reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, após apresentação das contra-razões da parte vencedora.

No contexto, portanto, de necessidade de se alcançar a duração razoável do processo é que se alterou a norma do art. 219, § 5º do CPC, objeto deste trabalho, que antes tinha a seguinte redação: “Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato.”

Antes da alteração, a prescrição era objeto de defesa do devedor, somente podendo ser arguida nesta ocasião, razão pela qual não era considerada norma de ordem pública, posto ser de ampla natureza dispositiva.

Atualmente, o juiz, frente à lide, analisa se é caso de se pronunciar a prescrição ou não. Posteriormente, após conferir a oitiva das partes, a decreta, amparado pela nova norma inserida no regramento processual. Ora, a consequência imediata desta atuação judicial é que a questão, em tese, não poderá mais ser objeto de discussão em juízo. Isto, porém, não quer dizer que não seja garantido o direito de ação da parte credora. Este direito é garantido, somente não será estendido à lide, pronunciando-se de pronto a prescrição, nada impedindo que as partes discutam o direito extrajudicialmente.

Parece ser unânime entre os doutrinadores que, antes da decretação da prescrição, deve-se oportunizar às partes momento para se manifestar acerca da prescrição, ante a existência da previsão do art. 191 do Código Civil, que trata da renúncia da prescrição a ser exercida pelo devedor, norma esta que não foi revogada pela Lei 11.280/06. Trata-se de aplicação do princípio da cooperação.

Neste sentido, vejam-se os ensinamentos de Mazzei:

De tudo que foi exposto, conclui-se que é perfeitamente possível compatibilizar o § 5º do art. 219 do CPC com o art. 191 do Código Civil, devendo-se, para tanto, serem instadas as partes para contraditório prévio, ainda que tenha a prescrição sido ‘localizada’ de ofício, não ocorrendo qualquer prejuízo para a apresentação de eventual renúncia desta pelo réu, caso assim venha optar. No entanto, a oitiva deve ser geral, para possibilitar que:a) o autor demonstre que o magistrado seguiu caminho incorreto ao trilhar pela prescrição, indicando, até mesmo, eventuais causas suspensivas e interruptivas preteritamente ocorridas, como por exemplo o protesto prévio renúncia extrajudicial da prescrição por parte do réu, ou ainda qualquer das situações previstas na legislação.b) o réu

tenha a opção de renunciar à prescrição, e, caso assim não proceda, traga razões que reforcem o convencimento do julgador quanto à consumação do lapso prescricional.²⁹

Veja-se acórdão do TRT da 12^a Região, em que se confirma a necessidade de se conferir o contraditório e a ampla defesa à parte, *in verbis*:

Inconformado com a decisão que extinguiu o feito com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC, recorre o autor às fls. 37/41.

Argúi a preliminar de cerceamento de defesa. No mérito, espera ver afastada a prescrição declarada no primeiro grau ao argumento de que ajuizara ação anteriormente, a qual foi arquivada nos termos do art. 844 da CLT.

Razões de contrariedade são apresentadas às fls. 49/56.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso e das contra-razões, pois atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

Conheço, ainda, dos documentos das fls. 42/45, uma vez que visam a provar a interrupção da prescrição, matéria arguida nos autos apenas por ocasião da sentença.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Sustenta o autor que o direito constitucional de ampla defesa lhe foi negado ante a extinção do feito sem designação de audiência, ocasião em que poderia demonstrar a interrupção do prazo prescricional.

Razão assiste à parte.

A prescrição constitui matéria que obsta a pretensão do autor e a ele não se impõe que a levante.

Ao demandante cabe tão-somente ingressar com a ação e pleitear o direito cuja satisfação busca no Judiciário. Ao réu, sim, compete arguir a prejudicial de prescrição, matéria de defesa que constitui.

De outro norte, ainda que possa o Juiz pronunciar a prescrição de ofício (art. 219, § 5º, do CPC), impõe-se garantir ao autor a ampla defesa do seu direito.

Na hipótese dos autos, somente com a designação de audiência teria a parte a possibilidade de alegar e eventualmente provar a existência de causa interruptiva da prescrição, encargo que até então não lhe incumbia.

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso para, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, declarar a nulidade da decisão das fls. 24/25 e deter-

²⁹ MAZZEI, Rodrigo, s/d. p.260.

minar o retorno dos autos à Vara de origem, com a reabertura da instrução processual.

Pelo que, ACORDAM os Juízes da 3^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12^a Região, por unanimidade, CONHECER DO RECURSO; por igual votação, DAR-LHE PROVIMENTO para, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, declarar a nulidade da decisão das fls. 24/25 e determinar o retorno dos autos à origem, para a reabertura da instrução processual.³⁰

Questão interessante também é compatibilizar o novo regramento com o art. 191 do Código Civil, que admite a renúncia pelo devedor da prescrição. Entende-se que a renúncia poderá ser feita pelo réu quando ocorrer a intimação das partes para se manifestar acerca da prescrição - de acordo com o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Assim, de se ver que a renúncia poderá ser feita pelo réu, não tendo sido afetada, portanto, a esfera de disponibilidade do devedor.

Vejam-se as palavras de Cianci:

Ausente manifestação do devedor, ao decretar a prescrição *ex officio* estará o juiz ignorando não só a vontade tácita do devedor, capaz de eternizar o lapso prescricional pela falta de iniciativa da exceção, como estará abolindo direito potestativo que se traduz no art. 191 do CC, de modo a tartar com desprezo o direito material.³¹

Com base nestas razões, resta saber se a prescrição de ofício é aplicável ao processo do trabalho.

Uma coisa é certa: a prescrição é instituto aplicável ao Direito do Trabalho, tanto que prevista na Constituição (art. 7º, XXIX), possuindo os trabalhadores, urbanos e rurais, após a cessação do contrato de trabalho, 2 (dois) anos para pleitear os créditos decorrentes da relação de trabalho. Tal medida, à primeira vista, prejudicial ao trabalhador tem por fim evitar a possibilidade indefinida

³⁰ BRASIL: Tribunal Regional da 12^a Região. PREScrição. ARGUIÇÃO DE OFÍCIO. AMPLA DEFESA. A prescrição constitui matéria que obsta a pretensão do autor e a ele não se impõe que a levante. Ao demandante cabe tão-somente ingressar com a ação e pleitear o direito cuja satisfação busca no Judiciário. Ao réu, sim, compete arguir a prejudicial de prescrição, matéria de defesa que constitui. De outro norte, ainda que possa o Juiz pronunciar a prescrição de ofício (art. 219, § 5º, do CPC), impõe-se garantir ao autor a ampla defesa do seu direito. RO 01298-2006-024-12-00-3. Recorrente: Osmair Pedro de Barros Franco. Recorrido: Busscar Ônibus S. A. Juíza Mari Eleda Migliorin. Florianópolis, SC, 10 de abril de 2007.

³¹ CIANCI, Mirna. 2007, p.43.

de o trabalhador socorrer-se do Judiciário na busca de eventuais direitos.

Sendo assim, existindo a previsão de aplicação da prescrição nos conflitos trabalhistas, conclui-se que ela é uma realidade patente destas demandas, não havendo, em tese, nesta primeira análise nenhum óbice para aplicação do regramento do art. 219 § 5º do CPC.

4 O novo regramento frente ao princípio da proteção

O grande princípio do Direito do Trabalho é o da proteção, que, por sua vez, é plenamente aplicável ao Processo do Trabalho.

Com efeito, no processo trabalhista, tem-se a real intenção de elevar o empregado, ante a presumida inferioridade econômica, ao mesmo patamar do empregador, em observância também ao princípio da isonomia.

O resultado disso é que o empregado, aparentemente, tem inúmeros privilégios no processo, diferentemente do empregador. Pode-se afirmar, com segurança, que não se trata de regalia, mas sim de colocar o empregado em situação de igualdade com o empregador, detentor de capacidade econômica superior. Assim, trata-se desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

O esforço do processo trabalhista é válido, porque se garante o acesso à justiça àqueles que, em princípio, estão na parte mais fraca da relação. O demandante das relações trabalhistas é o empregado, na esmagadora maioria das vezes.

Os "privilégios" são de toda ordem, como na gratuidade do processo, na inversão do ônus da prova, no impulso processual ex officio determinado pelo juiz nas execuções, na assistência judiciária gratuita, na dispensa de depósito recursal. Porém, todas com fim justificável.

Quanto à aplicação do regramento do art. 219, § 5º do CPC ao processo do trabalho, norma de cunho processual, à primeira vista, vê-se que não há óbice para que venha a ser utilizada, em face do disposto no art. 769 da CLT. Basta ver que a primeira parte desta norma autoriza a utilização do CPC quando aquela for omissa.

O segundo requisito é a questão da compatibilidade da norma aplicada (art. 219, § 5º do CPC) subsidiariamente com a CLT e os princípios do processo do trabalho ou direito do trabalho.

Como já dito, o princípio da proteção, princípio basilar do direito do trabalho e utilizado no processo do trabalho, alça o jurisdicionado trabalhador a uma posição de superioridade na relação jurídica processual, haja vista a patente hipossuficiência eco-

nômica dele em contraposição ao superior poder econômico do empregador.

Neste contexto, a maioria das normas celetistas tutela o trabalhador, por isso o princípio da proteção é tão marcante. Mas há também aquelas que aparentemente o prejudicam, mesmo que não seja essa a intenção. Na realidade, não há intenção de prejudicar, mas organizar o processo de forma equânime para ambas as partes.

Uma das normas é a preconizada pelo art. 7º, XXIX da CF, que prevê o prazo prescricional de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho para o trabalhador urbano e rural pleiteiar direitos na Justiça do Trabalho. Esta norma tem por fim garantir a estabilização. A prescrição trabalhista, na forma preconizada na Constituição, aparentemente, é norma que provavelmente atingirá o trabalhador, já que quase sempre é este o credor da relação trabalhista.

Ora, nem por isso se cogita da não aplicação da norma constitucional de prescrição bienal às relações jurídico-trabalhistas, isto porque ela tem um alcance social que, por óbvio, ultrapassa os interesses do trabalhador.

Por esse ângulo já se pode dizer que a norma do art. 219, § 5º do CPC é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, pois a prescrição é uma realidade das demandas trabalhistas, sendo que o próprio legislador constitucional previu a possibilidade de se acolher a ação após 2 (dois) anos da extinção do contrato de trabalho, conforme norma insculpida no art. 7º, XXIX da Constituição Federal.

No entanto, muitos doutrinadores entendem inaplicável o novo regramento pelo simples fato de que a prescrição foi criada para beneficiar o integrante do pólo passivo da relação processual, que na relação jurídica trabalhista, é o empregador - o mais forte.

Vejamos o que diz Barbosa:

Na esfera cível, a despeito das impropriedades discutidas anteriormente, na grande parte das vezes haverá coincidência entre réu e hipossuficiente da relação, diminuindo a aversão à regra em contendo. Na seara trabalhista, porém, dar-se-á o oposto. Isto porque o simples fato de estar o empregado na roupagem de autor, não lhe retira a condição de hipossuficiência, sendo que o reconhecimento de ofício da prescrição, no processo do trabalho, beneficiaria a parte mais forte da relação, em aberta afronta aos princípios que lhe são peculiares.³²

³² BARBOSA, Amanda. Direitos trabalhistas e prescrição: inaplicabilidade do artigo 219, § 5º do CPC ao Processo do Trabalho. **Revista de Direito Trabalhista**, v. 13, n.6, jun. 2007, p.7.

Ora, a prescrição constitucional bienal, como restou claro, é norma que, quase sempre prejudica o trabalhador, posto que credor na maioria das ações trabalhistas. E de outra forma não é a sistemática do art. 219, § 5º do CPC. Trata-se também de norma que irá favorecer o empregador, porque geralmente é o devedor da relação jurídica processual trabalhista. Por isso, assim como a regra constitucional, deve ser norma considerada compatível com os princípios do direito e do processo do trabalho, haja vista que, como já dito, prevalece o interesse público na estabilidade e segurança das relações jurídicas.

O entendimento de Viana também corrobora a tese esboçada por Barbosa, em entendimento contrário à aplicabilidade da regra do Estatuto Processual ao processo do trabalho:

Ora, se olharmos a própria Constituição como um sistema, a prescrição destoa dele - exatamente porque falta ainda aquela regra de proteção. E essa conclusão é ainda mais forte num contexto social e econômico que induz o desemprego.³³

Discorda-se do posicionamento acima, com a devida vênia, porque se a prescrição destoasse da regra protetiva nem poderia existir no âmbito trabalhista. Mas existe, e com previsão constitucional, sendo que o legislador constituinte estipulou 2 (dois) anos para o trabalhador exercitar eventuais direitos após a extinção do contrato de trabalho.

Outro argumento dos que não acreditam que a norma ora apreciada não tem aplicabilidade no processo do trabalho é o de que há um impedimento natural para o ajuizamento das reclamatórias trabalhistas, que é o temor da despedida ou a chamada "inércia forçada,"³⁴ pela qual é obrigado o empregado se sujeitar. Ou seja, significa que os empregados, com o contrato de trabalho ainda vigente, muitas vezes se vêem impedidos de exercer suas pretensões sob o temor de perder o que é mais importante: o emprego.

É interessante mais este argumento, mas deve ser lembrado que o temor da despedida, apesar de ser uma triste realidade das relações trabalhistas, encontra-se em franco declínio, bastando que se veja a grande quantidade de ajuizamentos de reclamatórias trabalhistas na vigência do contrato de trabalho.

Ou seja, não se pode dizer que o temor da despedida seja fator preponderante que impeça o ajuizamento de ações dentro do lapso prescricional. Crê-se que hoje o empregado encontra-se

³³ VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição. *Revista do direito trabalhista*, v. 13, n. 7, p.32, jul. 2007.

³⁴ BARBOSA, Amanda. 2007. p.7.

resguardado, principalmente pela atuação do Ministério Público do Trabalho ou mesmo pela ação dos sindicatos que defendem ativamente os seus associados, não constituindo tal fato óbice algum para a propositura de reclamações trabalhistas

Outra questão que pode ser utilizada em defesa da norma do art. 219, § 5º do CPC e sua aplicação nas relações jurídicas trabalhistas é que a decretação da prescrição não atenderá somente ao princípio dispositivo, mas virá também em favor do interesse público.

Basta contrapor a sistemática anterior com a atual. A arguição da prescrição era feita por meio de exceção e tinha basicamente por fim conceder ao devedor a possibilidade de argui-la ou não, ou seja, a única explicação de a prescrição ser matéria de defesa era para garantir o direito do devedor, aqui, empregador, renunciar, hipótese raríssima de ocorrer, já que a prescrição (quase) nunca era esquecida de ser arguida e nem renunciada.

Diga-se que, nesta improvável hipótese, caso o devedor não queira arguir a prescrição e preferir dar seguimento ao processo para assim ter o “título” de não-devedor, a máquina judiciária seria movimentada meramente por razões individuais, sem que haja necessidade e na contramão da celeridade.

Vejamos o que diz Gonçalves Júnior:

Com isto abandonou-se a cultura irrealista e ultrapassada que condicionava a prescrição à manifestação expressa de vontade do devedor. Argumentava-se que, por questões morais, o devedor poderia preferir a absolvição por razões de fundo - a declaração sentencial de não dever -, ou, apesar de prescrita, a quitação espontânea.

A primeira, permitiria movimentar a máquina judiciária por razões egoísticas e particulares, disputando tempo jurisdicional com as demandas de todos os demais jurisdicionados, fazendo prevalecer o interesse pessoal ao social; a segunda não nos parece impedida pelo decreto *Ex officio* da prescrição, já que, mesmo absolvido, o réu pode espontaneamente pagar ao autor a dívida prescrita, ainda que isto possa ser paradoxal (se quiser pagar, provavelmente terá oportunidade antes da propositura da ação).³⁵

E conclui:

A prescrição dependente de arguição do réu serviu, na prática, infelizmente, apenas para duas coisas:

³⁵ GONÇALVES, Júnior Mário. A improcedência liminar, anulidade localizada, a prescrição *ex officio* e o processo trabalhista. *Revista do direito trabalhista*, v. 12, n.11, nov. 2006, p.4.

prejuízo financeiro para o réu por falha da defesa (esquecimento de arguição pelo advogado) ou conluio entre litigantes e/ou advogados adversários.³⁶

A sistemática atual prevê o pronunciamento da prescrição pelo Julgador, o que deixa de lado a necessidade de arguição pela parte a que favorecer, evitando-se a prática de uma infinidade de atos inúteis somente em respeito ao princípio dispositivo. A nova regra atende o interesse público na rápida pacificação social.

Assim, uma coisa é certa: a arguição de ofício sepulta de vez aquela ínfima, remota, improvável chance de o devedor não vir a utilizá-la, seja por esquecimento, seja porque queria renunciar – mas não se pode dizer que o Julgador estará sendo parcial.

Resta, após tudo o que se disse, uma indagação: é justo manter todo o aparato judicial somente para a improvável situação de o devedor abrir mão da prescrição operada em seu favor? A resposta é que sairia muito caro manter o Judiciário apenas para amparar direitos disponíveis em hipóteses excepcionalíssimas!

No que tange à decretação da prescrição, a grande maioria dos doutrinadores defende que deve ser oportunizada às partes manifestação prévia, antes do pronunciamento de ofício, prestigiando-se o princípio do contraditório e com o fito de se evitar o efeito surpresa que a decretação efetivamente terá. Assim, restaria intacta a norma do art. 191, posto que poderia o devedor, nesta oportunidade, exercitar o direito de renúncia à prescrição.

Vê-se, então, que haveria compatibilidade da norma com as outras do sistema, que não foram revogadas, pelo que se emerge mais um argumento a favor da regra do art. 219, § 5º, posto que se harmonizou com o ordenamento.

Além disso, o pronunciamento de ofício da prescrição não impede que as partes resolvam a situação extrajudicialmente.

Outro entendimento contra a regra da prescrição de ofício, colocado por alguns doutrinadores, é o perigo de o juiz estar sendo parcial, como explica Krost:

Há, por via direta, a quebra da equidistância que caracteriza o magistrado em face dos litigantes, passando a atuar em proveito de um deles, e, por incrível que possa parecer, contrariando o interesse de quem, por seu silêncio, renuncia de forma tácita uma parte de seu direito de defesa.³⁷

³⁶ GONÇALVES, Júnior Mário. 2006. p.4.

³⁷ KROST, Oscar. Crítica ao pronunciamento de ofício da prescrição e sua incompatibilidade com o processo do trabalho. *Justiça do trabalho*, v. 23, n. 268, abr. 2006, p.95.

E completa:

No processo trabalhista, ter-se-ia o completo esvaziamento do Princípio Protetivo que inspira o Direito Material, que passaria a pender do lado do trabalhador ao empregador, a partir da propositura da ação. Subvertido, em sua essência, estaria este ramo do Direito e ameaçada acabaria a busca da igualdade em sentido real.³⁸

Acredita-se que não é para tanto. Há relutância dos doutrinadores em aceitar a norma em comento porque, realmente, ela se constitui em um dos mecanismos criados pelo legislador para assim alcançar a tão sonhada duração razoável do processo, movimento reformista instituído pela E.C. 45/04.

Claro que não irá pender o julgador para uma das partes só porque é matéria conhecida de ofício, nem estará sob ameaça o princípio da proteção, pois, como já dito, existe prescrição no âmbito trabalhista, que antes deveria ser arguida pelo devedor, empregador e, agora, pode ser declarada de ofício pelo magistrado. Porém, em ambos os casos, na grande maioria das vezes, ocorre a prescrição em prejuízo do trabalhador, razão pela qual, se antes não ofenderia o princípio da proteção, após o novo regramento também não o fará.

Entende-se que deixará o julgador de ser expectador e passará a ter mais dinamicidade na sua atuação.

Nos dizeres de Eça:

Renúncia e prescrição, no entanto, são institutos distintos. O crédito trabalhista continua irrenunciável, entretanto, jamais foi imprescritível, tanto que a própria Constituição Federal reconhece sua prescrição, disciplinado a matéria, como se sabe, no inciso XXIX, do art. 7º.

Declarando o Juiz a prescrição de ofício, acaba por suprimir a possibilidade que tinha o devedor de renunciar à prescrição, para ver judicialmente declarado que honrou determinado compromisso. Todavia, a hipótese é raríssima e a possibilidade da declaração de ofício valoriza a posição do julgador, que diante de um fato jurídico altamente relevante passa a ter a chance de declará-lo, como um verdadeiro agente inserido e não um fantoche.³⁹

Com efeito, a norma estudada altera a forma de arguição e o momento, mas nem sequer chega a atingir direitos do trabalhador.

³⁸ KROST, Oscar. 2006. p.95.

³⁹ EÇA, Vitor Salino de Moura. 2006. p.54.

Chancela-se sim, o interesse público, voltado à duração razoável do processo, já que seria decretada a prescrição, ao final, na sentença de mérito, mediante a arguição do empregador, em defesa. Então, porque impedir a sua decretação, no início, quando já detectada pelo Julgador?

A sistemática implantada tem participação muito mais ativa do magistrado, pois já se decreta a prescrição de pronto, após o exercício do contraditório pelas partes, ou seja, uma infinidade de atos descabidos deixarão de ser praticados (o que era feito reiteradamente na forma anterior), como audiências, apresentação de defesa, intimação das partes para se manifestar, para dizer algo que já se sabia: a existência da prescrição.

Adotar o formalismo acima somente para se garantir o princípio da proteção não tem sentido.

O princípio da proteção, como já dito, não é vetor de proteção indistinta do empregado, mas o que se persegue, por meio deste princípio, é a isonomia, é tratar desigualmente os desiguais.

Como o nome já diz, se o titular do pretenso direito se voltar ao Estado-Juiz terá a proteção da norma, mas, caso prescrita a pretensão, somente ocorrerá o que já iria ocorrer sob a égide do regime anterior, só que em momento diferente - no início, aí se prestigiando a celeridade.

Veja o ensinamento de Câmara:

O reconhecimento da prescrição deixou de ser apenas matéria de defesa, passando a matéria de ordem pública, que corre em defesa do ordenamento jurídico e não dos interesses individuais das partes. De fato, não há como negar que o reconhecimento da prescrição aproveita uma das partes no processo em prejuízo da outra, mas daí não advém qualquer mácula a equidistância do juiz em relação às partes. O reconhecimento da prescrição é uma consequência processual da matéria de fato trazida aos autos.⁴⁰

O juiz, pelo fato de reconhecer a prescrição, não estaria subvertendo a ordem processual ou mesmo favorecendo uma das partes.

E Jorge assim arremata:

A imparcialidade do juiz é um pressuposto processual, prevendo o sistema a nulidade do julgamento por juiz impedido, possibilitando ao prejudicado o manuseio da Ação Rescisória (art. 485, II, do CPC), para rescindir a sentença.

⁴⁰ CÂMARA, Eduardo Henrique Brennand Dornellas. 2006. p.33.

Emerge do princípio da imparcialidade o princípio do dispositivo em sentido substancial, a ser respeitado, deixando exclusivamente às partes a iniciativa de instaurar o processo e determinar-lhe o conteúdo. A propósito, a *res iudicanda* inclui a alegação dos fatos essenciais à determinação da causa petendi.

No entanto, não se pode desconhecer que existem determinadas situações que o próprio ordenamento jurídico admite que o órgão jurisdicional atue *ex officio*, no curso da relação processual, sem que caracterize a sua imparcialidade, conhecendo e decidindo matérias denominadas de ordem pública e pedidos implícitos, como se pretende demonstrar.⁴¹

Ademais, há que se dizer que o novo regramento será aplicável às relações de consumo também, em que é presumida a hipossuficiência do consumidor, situação bem parecida com a do trabalhador, mas que, nem por isso, cogita-se o afastamento do art. 219, § 5º, pois é dado ao consumidor exercitar a pretensão a partir do surgimento da lesão. Afinal, se se entendesse que o pronunciamento da prescrição de ofício atenta contra o trabalhador, o que dizer também do consumidor, que indubitavelmente é hipossuficiente?

Veja o que diz Garcia:

Eventual hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica de direito material – condição esta que não se restringe ao âmbito do Direito do Trabalho, podendo perfeitamente ocorrer em outros ramos do Direito, mesmo Civil *lato sensu* -, não é critério previsto, no sistema jurídico em vigor, como apto a excepcionar a aplicação da disposição legal em questão; ou seja, ela não afasta o reconhecimento pelo juiz, de ofício, da inexigibilidade do direito, da mesma forma com se este já estivesse extinto por outro fundamento, como a quietação demonstrada nos autos.

Não se pode admitir que o juiz, como sujeito imparcial no processo, possa querer “beneficiar” uma das partes, deixando de pronunciar a prescrição, matéria que, de acordo com a lei atual, deve ser conhecida de ofício.

Tanto é assim que a nova disposição do Código Processo Civil, certamente, terá de ser aplicada, em relações jurídicas de diversas naturezas, inclusive aquelas envolvendo o Direito do Consumidor, podendo o consumidor (parte vulnerável) figurar como credor, mas ter a prescrição da exigibilidade do direito reconhecida. Obviamente, se o consumidor, em outras situações, for o devedor, a mesma regra incide, de igual forma.

⁴¹ JORGE, Mário Helton. 2006. p.299.

Assim, o objetivo a ser alcançado é verificar se é aplicável a norma acima ao processo do trabalho, cotejando com um dos sustentáculos deste ramo, que é princípio da proteção ao trabalhador.⁴²

Assim, pode-se dizer que a norma sob estudo deve ser vista como instrumento de pacificação social e, por isso, não atenta contra qualquer direito, seja do consumidor, seja do trabalhador.

Conclusão

A sistemática inserida pela Lei 11.280/06 com a regra do art. 219, § 5º, do CPC, veio atender o disposto na Constituição quanto à duração razoável do processo. A elevação deste fim a ser alcançado à categoria de norma constitucional atendeu os reclamos da sociedade, que há muito pretendia a celeridade na prestação jurisdicional.

Sendo a prescrição um fator de estabilização social e instrumento de segurança jurídica, concedeu o Direito grande importância a este instituto, posto que um dos fins da própria ciência jurídica é alcançar a harmonia social pelos fatores de estabilização.

Desta feita, pode-se afirmar que a prescrição está presente em todos os ramos do Direito.

No processo trabalhista, a própria Constituição Federal regula a matéria no art. 7º, XXIX. Dentro deste contexto, surgiu a norma do art. 219, § 5º, do CPC, que prevê a pronúncia de ofício pelo Julgador da prescrição.

É quase unânime entre os doutrinadores que a aplicação dessa norma deve se conjugar com o princípio da cooperação, que revela a necessidade de se oportunizar a manifestação das partes antes da decretação da prescrição. Isso evita o chamado efeito surpresa, tão indesejado nos dias atuais, ainda mais porque em voga a observância dos direitos e garantias do cidadão, sendo a ampla defesa e o contraditório, os principais.

E importância de se observar o contraditório ou princípio da cooperação, quando da aplicação da norma do artigo 219, § 5º, do CPC, é que se garante a aplicabilidade do art. 191 do Código Civil (norma que trata da renúncia à prescrição e que muitos doutrinadores entendem revogada), concedendo-lhe plena vigência. Nesse momento, antes da decretação da prescrição, o devedor poderá exercitar o direito de renúncia, fato que impedirá a pronúncia de ofício pelo Julgador.

⁴² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Prescrição de ofício:** Da crítica ao Direito Legislado à interpretação da norma jurídica em vigor. Disponível em: <http://scholar.google.com.br>. Acesso em: 01.05.2008.

Diz-se, ainda, que o novo regramento elevou o instituto da prescrição à categoria de ordem pública, tornando-se, portanto, uma daquelas matérias conhecíveis de ofício pelo Julgador. Entende-se que a prescrição sempre teve cunho público, porque se sustenta na segurança e estabilidade nas relações sociais. Por também se constituir em instrumento de pacificação social, o Direito deu-lhe ampla importância, já que, sendo fator de harmonização social, não permite a eternização dos conflitos.

No que tange ao processo do trabalho, entende-se sim, que a norma sob exame é aplicável neste âmbito, por diversos motivos: expressa autorização legal, conforme norma do art. 769 da CLT; compatibilidade com os princípios trabalhistas, principalmente o da proteção; e previsão da prescrição no âmbito trabalhista, o que por si só já demonstra que o instituto convive bem com o princípio da proteção.

Poderia causar dúvidas a aplicação ao processo do trabalho do disposto no art. 219, § 5º, do CPC, cotejando-se com o princípio da proteção. Conforme exposto na presente obra, pode-se afirmar que este princípio é respeitado, na medida em que o empregado não ficará desamparado. Ainda é ele o hipossuficiente da relação trabalhista, sendo protegido. Porém, a norma acima atende primeiro, a toda coletividade, e somente o empregado que se manteve inerte por longo período poderá vir a ter prejuízo, ônus inevitável, por conta de ato/omissão exclusivamente sua, ressalte-se.

Na sistemática anterior, a prescrição era decretada só com a sentença, após a prática de todos os atos processuais de primeira instância. Isso mostra o contra-senso que era o processo, já que tais atos, em hipótese de ocorrência de prescrição, que normalmente é facilmente detectada no início do processo, eram inutilizados por ocasião da sentença.

Entende-se, ainda, que não seria justo manter todo o aparato judicial apenas para as hipóteses de esquecimento de arguição de prescrição na defesa (situação rara de ocorrer e que, à primeira vista, favoreceria o empregado inerte, pois teria ele a superação do lapso temporal e poderia obter sentença de mérito favorável mesmo de matéria prescrita) ou de renúncia expressa do devedor à prescrição (situação mais rara ainda).

Vê-se que o sistema processual anterior tratava a prescrição como mero interesse privado, sendo objeto de arguição ou não, ou de exercício de renúncia, o que não se mostra consentâneo com o princípio constitucional da duração razoável do processo.

Desta feita, a norma inserida pela Lei 11.280/06 veio para atender ao comando constitucional da duração razoável do processo, inserido pela E.C. 45/04, em virtude do amplo desejo social de que

se alcançasse a concretude desta máxima. Isto, por si só, denota o caráter público da norma, na medida em que a tutela jurisdicional será efetivamente prestada em tempo àqueles que não se quedaram inertes, não se tratando a prescrição no processo como questão privada.

Assim, a norma processual civil da prescrição, objeto deste estudo, convive perfeitamente com o sistema processual trabalhista, já que o princípio da proteção restará intacto, podendo o trabalhador invocá-lo em sua defesa a qualquer momento, desde que não operada a prescrição.

Referências

- ALVIM, Arruda. Lei 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219 do CPC. **Revista de Processo**, v. 32, n. 143, jan. 2007, p.13-25.
- BARBOSA, Amanda. Direitos trabalhistas e prescrição: inaplicabilidade do artigo 219, § 5º ao Processo do Trabalho. **Revista do Direito Trabalhista**, v. 13, n. 6, jun. 2007, p 5-7.
- CÂMARA, Eduardo Henrique Brennand Dornelas. Discussões sobre reconhecimento *Ex officio* da prescrição no processo do trabalho. **Revista do Direito Trabalhista**, v. 12, n. 7, jul. 2006, p.32-4.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: Uma reforma descabeçada e inócuia. In: DIDIER JR, Freddie (organizador.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- CIANCI, Mirna. A prescrição na Lei 11.280/2006. **Revista de Processo**, v. 32, n.148, jun. 2007, p.32-45.
- EÇA, Vitor Salino de Moura. Postulados para admissibilidade das alterações do CPC no processo do trabalho. **Justiça do Trabalho**, v. 23, n. 272, ago. 2006, p.46-55.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. O novíssimo processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão. **Caderno de doutrina e jurisprudência da EMATRA XV**, n. 2, n.5-34, set/out. 2006, p.211.
- FILHO, Agnelo Amorim. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Disponível em: <http://scholar.google.com.br>. Acesso em: 09.05.2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Parte Geral.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Prescrição de ofício**: Da crítica ao Direito Legislado à interpretação da norma jurídica em vigor. Disponível em: <http://scholar.google.com.br>. Acesso em: 01.05.2008.
- GONÇALVES, Júnior Mário. A improcedência liminar, a nulidade localizada, a prescrição *ex officio* e o processo trabalhista. **Revista do Direito Trabalhista**, v. 12, n. 11, nov. 2006, p.4.
- JORGE, Mário Helton. A Garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente parciali-

dade. **Revista de Processo**, v. 31, n. 135, maio. 2006, p.292-307.

LISBOA, Daniel. Em busca da celeridade perdida: a declaração de ofício da prescrição. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da EMATRA XV**, v. 2, n.3, maio/jun. 2006, p.103-6.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. Pronunciamento ex officio de prescrição e processo do trabalho. **Revista do Direito Trabalhista**, v. 13, n. 5, maio. 2007, p.3-13.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZEI, Rodrigo. A prescrição e a sua pronúncia de ofício: Qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil? **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Editora Jus Podivm. Salvador. 2.ed, p.251-78.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterói: Impetus, 2008, p.186.

KROST, Oscar. Crítica ao pronunciamento de ofício da prescrição e sua incompatibilidade com o processo do trabalho. **Justiça do Trabalho**, v. 23, n. 268, abr. 2006, p.94-6.

Alguns apontamentos sobre a Súmula 393 do TST e o princípio da ampla devolutividade no processo do trabalho

Lucas Ventura Carvalho Dias
Advogado da Caixa em Pernambuco

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade estudar a Súmula 393 do TST, sua aplicação prática e as implicações do Princípio da Ampla Devolutividade no Processo do Trabalho. O artigo, de início, parte da análise teórica do teor da Súmula, posições doutrinárias acerca do Princípio da Ampla Devolutividade para, ao final, tratar de questões práticas acerca da matéria.

Palavras-chave: Súmula 393. Ampla devolutividade. Trabalho. Processo.

ABSTRACT

The present essay intends to study the Precedent 393 from TST, its practical application and the implications of the Principle of Wide Non-Staying Effect in Labor Procedural Law. The essay starts from a theoretical analysis of the Precedent, doctrine positions on the Principle of Wide Non-Staying Effect to end by dealing with practical issues on the subject.

Keywords: Precedent 393. Wide Non-Staying Effect. Labor. Procedure.

Introdução

No sistema recursal brasileiro foi consagrado o princípio da ampla devolutividade, segundo o qual, interposta a apelação, ficam devolvidas ao Tribunal todas as matérias suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. É o que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC.

Considerando a aplicabilidade subsidiária do CPC ao Processo do Trabalho, como se observa do artigo 769 da CLT, o TST editou a Súmula 393, a partir da conversão da OJ 340 da SDI-1, mediante a Resolução 129/05, publicada em 20.04.2005, reconhecendo a existência do efeito devolutivo em profundidade no Processo do Trabalho.

Diante disso, era de se esperar que não houvesse maiores controvérsias acerca do tema, como as que serão debatidas no presente texto, afinal, a matéria já havia sido pacificada na corte maior trabalhista. Todavia, não é isso que se observa. A prática processual trabalhista mostra que ainda existe resistência em adotar plenamente o princípio da ampla devolutividade em alguns tribunais.

Dessa forma, o presente trabalho busca analisar, em breves considerações, o sentido e o alcance da Súmula 393 do TST, realizando um estudo desta e do princípio da ampla devolutividade, assim como da forma que vêm sendo aplicados nos tribunais.

1 A Súmula 393 do TST. Sentido e alcance. O princípio da ampla devolutividade e sua aplicação ao processo do trabalho

Veja-se, de logo, o texto da Súmula 393 do TST, para, em seguida, tentar determinar seu sentido, assim como o alcance de suas disposições:

RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. ART. 515, § 1º, DO CPC. (Conversão da Orientação Jurisprudencial 340 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.4.2005). O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento de defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contra-razões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença.

Diante da citação do dispositivo na Súmula, veja-se o texto do art. 515 do CPC e seu parágrafo único:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Da observação do teor da súmula, assim como do art. 515 e seu § 1º, do CPC, não parece tormentoso determinar o que exatamente quer dizer a Súmula 393 do TST. Dessa forma, pode-se afirmar que o precedente deixa expresso que, uma vez tendo havido recurso ordinário sobre determinada matéria, o tribunal deverá conhecer do alegado na defesa sobre aquela matéria específica, ainda que o réu não a reitere em contra-razões.

Todavia, quanto à matéria que não for apreciada na sentença e, contra a qual a parte recorreu, não poderá o tribunal se manifestar, sob pena de supressão de instância. Caberia à parte ter oposto os pertinentes embargos de declaração em primeira instância, diante da omissão existente na decisão.

Nesse sentido, as lições de Oliveira:

A súmula fere tema prenhe de discussões, quando se cuida de o Tribunal revisor conhecer de tema defensivo que não fora apreciado na jurisdição primária. O tema em si diz respeito ao alcance do conteúdo do efeito devolutivo, em consonância com o efeito translativo do recurso. Para uns, este devolveria ao Tribunal *ad quem* apenas a matéria apreciada expressamente pela jurisdição *a quo*; para outros, a jurisdição primária não está obrigada a analisar todos os fundamentos da defesa, bastando que adote uma das alegações defensivas para dar suporte ao julgamento. O Tribunal revisor, sim, estaria obrigado a enfrentar, expressamente, cada tema defensivo, já que é esta apreciação que possibilitaria ou não, em sede trabalhista, o conhecimento de um possível recurso de revista. Não ocorreria, nesse procedimento, o vício da supressão de instância, como querem alguns.¹

O segundo posicionamento exposto pelo autor, como se pode observar, é o que parece mais correto. Ora, o Juiz de primeiro grau, de fato, até mesmo por economia processual, não está obrigado a conhecer de todos os fundamentos da defesa, mormente quando apenas um é suficiente para fundamentar seu convencimento quanto à improcedência da demanda.

Nesse ponto, embora não constante na Súmula 393, deve-se trazer à baila o teor do § 2º do art. 515 do CPC:

§ 2º Quanto o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Todavia, a partir do momento em que a matéria é devolvida ao segundo grau de jurisdição, cabe ao tribunal analisar a tese defensiva. A não observância do preceito processual incorre em negativa de prestação jurisdicional, numa violação ao art. 93, IX, da Constituição.

O dispositivo parece incrivelmente claro. Segundo o texto do CPC, se o pedido do autor tiver diversos fundamentos e o

¹ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.678.

juiz apenas acolher um, o recurso do réu devolve ao tribunal o conhecimento dos demais. Da mesma forma – e, aqui, interessa em especial esta parte do dispositivo – se o juiz acolhe apenas um dos fundamentos de defesa para julgar improcedente a demanda, o recurso ordinário da parte vencida, automaticamente, faz com que o tribunal tenha que conhecer de toda a matéria defensiva.

Assim, por exemplo, se determinado pedido é julgado improcedente em primeira instância, todavia, antes de seu julgamento foi afastada a tese defensiva que requeria a aplicação da prescrição total (súmula 294 do TST), o tribunal, diante do recurso do vencido, fica obrigado a conhecer, novamente, a prescrição total, sob pena de negativa de prestação jurisdicional, como mencionado acima.

Aliás, nesse sentido o posicionamento do TST, ao julgar o RR 590029/99.7:

Princípio da ampla devolutividade. Inobservância. Nulidade. Configuração. Prescrição arguida em contestação e não renovada nas contra-razões ao recurso ordinário. Devolução ao TRT, princípio albergado no art. 515, caput e § 2º, do CPC. Sendo a reclamação trabalhista julgada improcedente em primeiro grau, por óbvio, desobrigada estava a sentença de pronunciar-se sobre a prescrição arguida na contestação. Porém, o Tribunal Regional do Trabalho, ao dar provimento ao recurso ordinário do empregado, deve, ainda que não reavivada nas contra-razões, manifestar-se sobre a prescrição oportunamente arguida, por força do princípio da ampla devolutividade contemplada no art. 515, caput, §§ 1º e 2º, do CPC, que preconiza a devolução do conhecimento de toda a matéria impugnada, ainda que não analisada na primeira instância, independentemente de qualquer manifestação da parte. Trata-se do aspecto vertical do princípio da ampla devolutividade do recurso, que devolve ao tribunal o exame de questão que o órgão a quo, embora pudesse ou devesse apreciar, de fato não apreciou. Nesse contexto, o silêncio do Tribunal de origem a respeito da prescrição, embora oportunamente provocado nos embargos declaratórios para suprir essa omissão, importou em desrespeito ao art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC. Contudo, em atenção ao princípio da economia e da celeridade processual, há que se acolher a prescrição quinquenal arguida em contestação, para determinar a sua observância, contando-se o prazo a partir da data de interposição da reclamatória. Recurso de revista conhecido e provido.²

² Processo: RR - 590029/1999.0 Data de Julgamento: 02/06/2004, Relator Juiz Convocado: José Antônio Pancotti, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 18.06.2004. <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=3713671.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>> Acesso em 15.03.2009.

Dessa forma, fica claro que não é necessário ao réu, uma vez vencedor na demanda, renovar os fundamentos de sua defesa em contra-razões ao recurso da outra parte. Ora, uma vez tendo apresentado a contestação, aqueles serão seus fundamentos de defesa até o fim do processo, salvo, por evidente, o surgimento de fato novo. Não faria sentido crer que o réu não teria interesse em renovar qualquer daqueles fundamentos, sem manifestação expressa sua nesse sentido.

Novamente, é de se trazer à baila as lições de Oliveira:

Exemplificando, diz o preceito processual claramente que, se a defesa apresentar os argumentos A, B, C e D, o juiz primário poderá adotar apenas um dos fundamentos como razão de decidir, mas a interposição de recurso devolverá ao tribunal *ad quem* a possibilidade de apreciação de todos os demais argumentos, já agora em sede de obrigatoriedade, posto que o regional não poderá conformar-se com a apreciação de um único ou de alguns daqueles fundamentos. E esse procedimento não desaguará no vício da supressão de instância. Di-lo expressamente o § 2º do art. 515 do CPC.³

Ora, o CPC, nesse ponto, mostrou-se bastante feliz, na medida em que traz grande economia processual, ao evitar arguições desnecessárias em sede de contra-razões ou, até mesmo, a interposição de recurso pela parte vencedora, quando é patente a sua ausência de interesse. Todavia, ressalte-se, existem entendimentos jurisprudenciais no sentido da necessidade de recurso pela parte que não foi sucumbente, senão veja-se:

Acórdão nº 72.865

Recurso Ordinário nº. 01274-2006-001-21-00-1

Des. Relatora: Maria de Lourdes Alves Leite

Recorrentes: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Rio Grande do Norte / Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF

Recorridos: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Rio Grande do Norte / Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF / Caixa Econômica Federal - CEF

Origem: 1ª Vara do Trabalho de Natal

Recurso principal. Preliminar de não conhecimento. Inépcia.

Configura-se inepta a preliminar de não conhecimento do recurso principal por meio de simples alegação de deserção, na parte dispositiva das contra-razões, sem qualquer fundamentação.

³ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. 2008. p.678-9.

Recurso adesivo. Preliminar de não conhecimento alegada em contra-razões.

Sucumbente nas questões preliminares, assegura-se à parte o interesse em recorrer pretendendo a declaração de incompetência da Justiça do Trabalho e/ou a nulidade do feito no segundo grau de jurisdição.

Da incompetência da Justiça do Trabalho. Não cabimento da ação civil pública ou nulidade do feito por vícios de requisitos específicos formais. Matéria do recurso adesivo de natureza prejudicial. Rejeição.

A complementação de aposentadoria é matéria que decorre da relação de emprego, espécie de relação do trabalho, expressamente prevista no inciso I, do artigo 114, da CF, portanto, da competência material da Justiça do Trabalho.

Segundo entendimento do STF, a legitimidade do sindicato para defender direito e/ou interesse da categoria, judicial ou administrativamente, é ampla geral e irrestrita, ou seja, independente de autorização ou relação dos substituídos processuais.

Recurso principal. Do novo plano de complementação de aposentadoria. Legalidade. Inalteração contratual lesiva.

Por força de lei, não integram o contrato de trabalho as regras dos planos de previdência complementar, autorizando-se a mudança dos planos vigentes sem configurar alteração contratual lesiva, desde que não acarrete prejuízo aos participantes e assistidos, sobre o que se admite prova robusta em contrário. A ampla divulgação e instrução do novo plano descaracterizam a suposta pressão à sua adesão, condição que faz reverter a prevalência do interesse individual frente ao interesse coletivo, ante o princípio do livre arbítrio que informa as normas principiológicas insertas na Carta Magna.⁴

Com a devida vênia, não parece ser o mais acertado o posicionamento do Regional. Uma vez vencedora na ação em primeira instância, a parte não tem interesse recursal, já que o Tribunal seria, de qualquer maneira, obrigado a conhecer da matéria de defesa alegada – no caso citado, incompetência da Justiça do Trabalho, a nulidade do feito.

Isso se dá, como demonstrado alhures, porque nosso sistema recursal prevê uma devolutividade ampla, no que deve ser elogiado o legislador, na medida em que, uma vez apresentada a tese defensiva, parece difícil vislumbrar que o réu desistiria de qualquer dos seus fundamentos, sem manifestar tal desejo de maneira expressa.

⁴ Recurso Ordinário nº. 01274-2006-001-21-00-1- Publicado no DJE/RN nº 11695, em 01.05.2008 (quinta-feira). Traslado nº 00307/2008. Disponível em: <ftp://ftp.trt21.gov.br/jud2/acordaos/72000/ac72865.rtf>. Acesso em: 15.03.2009.

Mesmo porque a desistência precisaria ser homologada judicialmente, não se cogitando da prática de tal ato de maneira implícita.

Aliás, ao analisar o § 2º do art. 515 do CPC, Negrão; Gouvêa citam precedentes bastante esclarecedores sobre a matéria ora em debate:

Julgada improcedente a ação, ainda que rejeitado um dos fundamentos da defesa, pode este ser examinado, ao apreciar-se a apelação, sem que deva o vencedor recorrer (CPC, art. 515, § 2º). Não o impede a circunstância de a mesma questão jurídica haver sido decidida, sem recurso, no julgamento de causa conexa. (RSTJ 30/433).

As questões preliminares veiculadas na contestação, que não foram examinadas em razão de ter o magistrado acolhido alegação de mérito, para julgar improcedente o pedido, devem ser enfrentadas no segundo grau, em observância ao que dispõe o art. 515, § 2º do CPC. Não se exige a interposição de apelação, por parte do réu, que para isso careceria de interesse. (STJ-3ªT, REsp 200.367-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.6.00, deram provimento, v.u., DJU 21.8.00, p.123).⁵

Com efeito, não há nenhuma necessidade de o réu apelar, tendo sido a demanda julgada improcedente. O efeito devolutivo em profundidade garante que todas as suas alegações defensivas sejam conhecidas na segunda instância.

No mesmo sentido é a lição de Nery Júnior; Nery:

Quando a pretensão é deduzida com dois ou mais fundamentos, ou, ainda, a defesa é realizada também com base em mais de um fundamento, ainda que o juiz tenha acolhido ou examinado apenas um deles, os demais fundamentos podem ser apreciados pelo tribunal no julgamento da apelação. Por exemplo: o réu alega pagamento e prescrição da dívida, ou seja, duas causas de extinção da obrigação; o juiz entende ter havido prescrição e nem examina a questão do pagamento; havendo apelação o tribunal pode decidir sobre a existência ou não do pagamento.⁶

Vale ressaltar que, em virtude do efeito devolutivo amplo, mesmo quando o Juiz de primeiro grau conhecer das alegações de defesa, fica devolvida ao tribunal a sua apreciação, ainda que não requerido pela parte em recurso adesivo ou contra-razões.

⁵ NEGRÃO, Theotonio.; GOUVÉA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 38.ed. atual. até 16 de fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006. p.627-8.

⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 15.03.2002. 6.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.858.

Sobre a amplitude do efeito devolutivo no direito pátrio, já se manifestaram autores de nomeada. Veja-se o posicionamento de Moreira:

Como resulta dos §§ 1º e 2º, é amplíssima, em profundidade, a devolução. Não se cinge às questões efetivamente resolvidas na sentença apelada: abrange também as que nella poderiam tê-lo sido.

[...]

Analogamente, se o réu opusera duas defesas, e o juiz julgou improcedente o pedido, acolhendo uma única dentre elas, a apelação do autor devolve ao órgão ad quem o conhecimento de ambas: o pedido poderá ser declarado improcedente, no julgamento da apelação, com base na defesa que o órgão a quo repeliu, ou sobre a qual não se manifestara.⁷

Ora, as lições do celebrado mestre do Processo Civil não deixam margem para dúvida: afastado um dos fundamentos da defesa pelo Juiz a quo, independentemente de qualquer provação do vencedor, deverá o tribunal conhecer desse fundamento, quando da análise do recurso ordinário da parte adversa.

Nesse mesmo sentido são as lições de Didier Jr.; Cunha:

Os arts. 515 e 516 do CPC estabelecem a profundidade da cognição a ser exercida pelo tribunal, respeitada a extensão fixada pelo recorrente. Assim, tendo o recorrente, por exemplo, postulado apenas a reforma parcial do julgado, o tribunal, não ultrapassando esse limite de extensão, poderá analisar todo e qualquer fundamento, provas e demais elementos contidos nos autos, ainda que não abordados na sentença recorrida. Enfim, poderá o tribunal, em profundidade, analisar todo o material constante dos autos, limitando-se, sempre, à extensão fixada pelo recorrente.

[...]

Assim, enquanto a extensão é fixada pelo recorrente, a profundidade decorre de previsão legal.⁸

Como se pode observar, as lições dos respeitados processualistas parecem se encaixar perfeitamente nas disposições da Súmula 393 do TST. Como se observa do precedente do pretório máximo trabalhistico, não cabe ao tribunal conhecer de matéria não decidida em

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973:** arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.439-40.

⁸ DIDIER JUNIOR, Freddie.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008. P.104/105. v. 3.

primeiro grau, em relação a pedido da petição inicial. Igualmente, não pode conhecer de matéria não suscitada pelo recorrente.

Todavia, havendo recurso sobre matéria efetivamente decidida na sentença, deverá o tribunal conhecer de toda a matéria correlata, como provas documentais e testemunhais e, obviamente, as alegações defensivas do réu, sem que este precise fazer qualquer manifestação nesse sentido. Ora, como bem manifestou Didier, a profundidade da análise decorre de expressa previsão legal.

Assim, não parece acertado exigir que o réu renove os fundamentos defensivos efetivamente analisados em contra-razões. Tal posicionamento decorre de uma interpretação restritiva e, pense-se, equivocada da Súmula 393 do TST.

Ao mencionar que deveria o tribunal conhecer do fundamento de defesa não examinado pela sentença independentemente de contra-razões, não quis dizer o TST que, quando ao fundamento efetivamente conhecido, deveria haver pedido do réu.

Segundo se crê, pode o tribunal conhecer mesmo a matéria defensiva não conhecida pelo Juízo de primeiro grau, mais ainda pode – e deve – conhecer a matéria efetivamente analisada. Essa é a lição que se extrai do efeito devolutivo em profundidade previsto no CPC pátrio.

Inclusive, nesse sentido, decidiu recentemente o TRT da 6ª Região:

PROC. N° TRT – 01028-2007-017-06-00-8

Órgão Julgador : Segunda Turma.

Relator Designado: Desembargador André Genn de Assunção Barros

Embargante: Caixa Econômica Federal - CAIXA

Embargado: Augusto Nunes da Costa

Procedência: TRT 6a REGIÃO/PE

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESCRIÇÃO TOTAL DO DIREITO DE AÇÃO SUSCITADA NA CONTESTAÇÃO E REJEITADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DESNECESSIDADE DE ARGUIÇÃO NA 2ª INSTÂNCIA. No plano da devolutividade horizontal do recurso, a análise do tribunal é restrita à matéria impugnada, não cabendo ao Juízo recursal o pronunciamento sobre os capítulos da decisão acerca dos quais não houve recurso. No entanto, no plano vertical, a devolutividade é plena, devendo ser objeto de apreciação todas as questões suscitadas e discutidas sobre a matéria impugnada, não havendo necessidade ou obrigatoriedade de renovação das teses de defesa (sobre a matéria impugnada) em contra-razões, e, muito menos, possibilidade de recurso de iniciativa da parte que foi vencedora na demanda, apesar de ter uma de suas teses de defesa rejeitada, uma vez que, no sistema

processual brasileiro, o interesse recursal é fixado pela sucumbência. Embargos de declaração acolhidos.⁹

A decisão, como se observa do já exposto ao longo do presente trabalho, é bastante acertada e mostra-se em pleno acordo com a legislação processual em vigor no nosso ordenamento jurídico. Assim, é de se elogiar o posicionamento em particular no processo acima referido, embora, atualmente, não traduza o entendimento majoritário do TRT da 6^a Região, como se observará no tópico a seguir.

Diante de todo o exposto, e considerando a inexistência de disposição expressa na CLT a respeito da matéria, parece plenamente aplicável o princípio da ampla devolutividade recursal ao processo do trabalho, em conformidade com o artigo 769 da CLT. Portanto, interposto o Recurso Ordinário pelo Autor, não será necessário ao Réu, uma vez vencedor na demanda, renovar os fundamentos de defesa seja em contra-razões, seja por meio de recurso, ordinário ou adesivo, diante da obrigatoriedade do tribunal de conhecer da matéria, com fundamento no art. 515, §§ 1º e 2º do CPC, e Súmula 393 do C. TST.

2 Das medidas judiciais

Expostas as observações pertinentes acerca da Súmula 393 do TST e da ampla devolutividade que existe no sistema recursal do processo civil e, consequentemente, no processo do trabalho brasileiro, vejamos agora as medidas judiciais cabíveis, caso o Tribunal não conheça de matéria alegada na defesa, quando do julgamento do recurso ordinário do vencido.

De início, julgado o recurso ordinário do autor e não observada pelo tribunal matéria defensiva cuja análise era obrigatória, como, por exemplo, prescrição total (com fundamento na Súmula 294 do TST), cabe a oposição de embargos declaratórios, com fundamento no art. 897-A da CLT, em virtude da notória omissão da decisão colegiada. Os embargos terão, ainda, a finalidade de pré-questionamento da matéria.

Julgados os embargos, deverá o tribunal reconhecer a omissão e afastá-la, analisando a tese defensiva, como demonstrado no processo N° TRT – 01028-2007-017-06-00-8, do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, citado acima, sem qualquer obrigação, por óbvio, de acolhimento das alegações que o réu formulou em contestação.

⁹ Processo: 01028.2007.017.06.00.8 – Acórdão publicado no DOE/PE em 02.07.2008. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/consultaAcordaos/acordao_inteiroteor.php?COD_DOCUMENTO=217602008> Acesso em: 15.03.2009.

Ocorre que, muitas vezes, não obstante ter a parte oposto os embargos, o Tribunal Regional insiste na omissão, ou, ainda, manifesta entendimento de que a matéria deveria ter sido objeto de recurso ou manifestação em contra-razões por parte do vencedor na primeira instância, como se observa no julgamento a seguir:

PROC. N° TRT-00805-2007-005-06-00-7 (RO)

Órgão Julgador : 3^a Turma

Relatora : Des^a Gisane Barbosa de Araújo

Recorrente : Maria José Pereira Lins

Recorrido : Caixa Econômica Federal

Procedência : 5^a Vara do Trabalho do Recife (PE)

[...]

Da prejudicial de prescrição, suscitada na defesa e já apreciada na sentença, não renovada em contra-razões. Impossibilidade de reexame.

A instância primária manifestou-se sobre tema, suscitado na defesa, em que a reclamada, ora recorrida, arguiu a prescrição total, com supedâneo na Súmula n°294, do TST, no que tange a alterações contratuais ocorridas desde 1998, em face de só ter sido ajuizada a ação em 2007, e, ainda, requereu a aplicação de prescrição quinquenal parcial. O entendimento contido na sentença foi o de ser aplicável à hipótese tão somente a prescrição parcial, observado o prazo quinquenal, admitindo não caracterizada a situação contida na Súmula n°294 do TST. Sendo a matéria expressamente analisada pelo juízo de piso, entendo que só poderia esta instância revê-la caso tivesse a reclamada/recorrida, em contra-razões, provocado este órgão revisional.

Com efeito, a recorrida, em suas contra-razões, pede pela aplicação do teor da Súmula n°393 do TST, que, todavia, não se encaixa à situação, dado que o fundamento da defesa, a respeito da prescrição, já foi examinado na sentença e rejeitado, exigindo, assim, renovação sobre o tema pela recorrida, em sede de contra-razões, caso insatisfeita com o pronunciamento proclamado. É o que se extrai da regra contida no §1º do art.515 do CPC, porquanto somente poderia este Regional reapreciar a questão da prescrição, não renovada em contra-razões, se a sentença não a tivesse julgado.

Portanto, faço o registro de que a análise da matéria recursal será feita à luz da prescrição nos moldes em que pronunciada na sentença, ou seja, a parcial, respeitado o prazo quinquenal.¹⁰

Quando o Tribunal se manifestar dessa forma, não há outra hipótese que não a interposição de Recurso de Revista, com preli-

¹⁰ Processo: 00805.2007.005.06.00.7 – Acórdão publicado no DOE/PE em 15.05.2008. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/consultaAcordaos/acordao_inteiroteor.php?COD_DOCUMENTO=162812008> Acesso em: 15.03.2009.

minar de negativa de prestação jurisdicional, assim como pedido de conhecimento do recurso por violação ao art. 5º, LIV e LV da Constituição, além de seu art. 93, IX (fundamento, portanto, na alínea “c” do art. 896 da CLT).

Deve-se arguir, ainda, a violação à Súmula 393 do TST (fundamento na alínea “a” do artigo 896 da CLT), como também do art. 515, §§ 1º e 2º do CPC (fundamento, novamente, na alínea “c” do art. 896 da CLT).

O precedente abaixo citado demonstra a pertinência das alegações, senão veja-se:

**PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS
DIFERENÇAS DE VANTAGENS PESSOAIS - ALEGACÃO DE PRESCRIÇÃO TOTAL (DIREITO NÃO ASSEGURADO POR PRECETO DE LEI) - NÃO-CONHECIMENTO - INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEVOLUTIVIDADE RECURSAL.**

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula nº 294 do TST;
- violação do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição da República;
- violação do artigo 515, §§ 1º, e 2º, do CPC; e
- divergência jurisprudencial.

Da fundamentação constante da decisão proferida no julgamento dos embargos de declaração, extraio estes fragmentos:

“[...]

‘A instância primária manifestou-se sobre o tema, suscitado na defesa, em que a reclamada, ora recorrida, arguiu a prescrição total, com supedâneo na Súmula nº 294 do TST, no que tange a alterações contratuais ocorridas desde 1998, em face de só ter sido ajuizada a ação em 2007, e, ainda, requereu a aplicação de prescrição quinquenal parcial. O entendimento contido na sentença foi o de ser aplicável à hipótese tão-somente a prescrição parcial, observado o prazo quinquenal, admitindo não caracterizada a situação contida na Súmula nº 294 do TST. Sendo a matéria expressamente analisada pelo juízo de piso, entendo que só poderia esta instância revê-la caso tivesse a reclamada/recorrida, em contra-razões, provocado este órgão revisional.

Com efeito, a recorrida, em suas contra-razões, pede pela aplicação do teor da Súmula nº 393 do TST, que, todavia, não se encaixa à situação, dado que o fundamento da defesa, a respeito da prescrição, já foi examinado na sentença e rejeitado, exigindo, assim, renovação sobre o tema pela recorrida, em sede de contra-razões, caso insatisfeita com o pronunciamento proclamado. É o que se extrai da regra contida no § 1º do art. 515 do CPC, porquanto somente poderia este Regional reapreciar a questão da prescrição, não renovada em contra-razões, se a sentença não a tivesse julgado.’

Como visto, este Juízo foi explícito, apontando os motivos pelos quais fez o registro de que entende que não lhe cabe o reexame da prescrição extintiva do direito de ação, matéria que fora suscitada em contestação, objeto de pronunciamento da sentença, não renovada em contra-razões.” (Grifei).

Ante esse quadro, verifico que a decisão desta Corte é, a meu ver, contrária à literalidade da supracitada norma infraconstitucional, fato que impõe a admissibilidade do recurso de revista de acordo com o artigo 896, letra “c”, da CLT.¹¹ (grifo nosso).

De se observar que, no caso, foram opostos embargos declaratórios, essenciais para o pré-questionamento da matéria quando o Tribunal for omisso. Com efeito, ainda que a parte tenha seu direito à apreciação da matéria violado e, consequentemente, ocorra a violação ao artigo 515, §§ 1º e 2º do CPC, assim como à Súmula 393 do TST, sem a oposição dos embargos, não será admissível o Recurso de Revista, nos termos da Súmula 297 do TST.

Conclusões

A Súmula 393 do TST veio em boa hora ao trazer, expressamente, para o âmbito do Processo do Trabalho, o princípio da ampla devolutividade recursal, perfeitamente cabível nesta seara do Direito, em virtude do que prevê o art. 769 da CLT, considerando, ainda, o fato de não haver norma expressa a respeito na consolidação trabalhista.

Embora a Súmula tenha um texto bastante claro, ainda suscita dúvidas e debates no âmbito jurisprudencial, sobre seu efetivo alcance, assim como acerca de sua interpretação.

Sem embargo das opiniões em contrário, acredita-se ser mais acertada a posição que entende ser desnecessário ao réu vencedor na demanda interpor recurso adesivo ou renovar as razões de defesa em contra-razões, diante do recurso ordinário da parte adversa. Não existe interesse recursal na hipótese e a renovação das razões de defesa é desnecessária, diante do disposto no art. 515, §§ 1º e 2º do CPC e da Súmula 393 do C. TST.

Vale ressaltar que o entendimento ora exposto vale, tanto para o fundamento de defesa não analisado pela sentença, como para aquele efetivamente analisado e afastado pelo juízo de primeiro grau.

¹¹ Processo: 00805.2007.005.06.00.7 – Despacho de Admissibilidade de Recurso de Revista publicado no DOE/PE em 08.08.2008. Disponível em: <http://www.trt6.jus.br/recurso_revista/dsp_rec_revista.php?id=11310> Acesso em 15.03.2009.

Caso o Tribunal não se manifeste sobre um ou alguns dos fundamentos apresentados na contestação, caberá ao advogado opor embargos declaratórios, com a finalidade de sanar a omissão e pre-questionar a matéria, com fundamento na Súmula 297 do TST.

Se, ainda assim, o Tribunal insistir na omissão ou se negar a analisar o fundamento de defesa, sob suposta necessidade de recurso ou renovação dos fundamentos da defesa em contra-razões de recurso ordinário, será cabível arguir, no recurso de revista, a violação ao art. 5º, LIV e LV, assim como art. 93, IX, da CF/88, além da violação à Súmula 393 do TST e art. 515, §§ 1º e 2º do CPC.

Tomadas essas medidas, o advogado terá resguardado os direitos de seu cliente, tendo, ainda, matérias para discussão até o último grau de jurisdição, embora se espere que isso não seja necessário, diante do posicionamento do TST sobre a matéria, aca-tando amplamente o efeito devolutivo em profundidade, como no citado precedente RR 590029/1999.

Referências

DIDIER Junior, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. v. 3.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Commentários ao Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973:** arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. V.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor.** 38.ed. atual. até 16 de fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor:** atualizado até 15.03.2002. 6.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Commentários às súmulas do TST.** 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

De volta ao tema - a eficácia executiva das sentenças declaratórias e a Lei 11.232/2005

Eduardo Henrique Videres de Albuquerque

Advogado da Caixa na Paraíba

Especialista em Direito Processual Civil - UNISUL

Especialista em Direito Constitucional - UNISUL

RESUMO

Através do presente estudo, procura-se ressuscitar antiga discussão acerca da possibilidade de se dar cumprimento, através de atos constitutivos, às sentenças meramente declaratórias, notadamente após a modificação introduzida pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que incluiu no rol dos títulos judiciais a “sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia” (art. 475-N). A nova interpretação desse artigo quebra, de certo modo, com o antigo dogma do processo de execução, da limitação da eficácia executiva às sentenças condenatórias, pondo em questão, inclusive, o próprio conceito e classificação das sentenças. O objetivo desse estudo, portanto, passa a ser uma análise comparativa dos argumentos utilizados pela doutrina que se posiciona a favor e contra a possibilidade de execução das sentenças declaratórias, demonstrando, ao fim, que a inovação legislativa, em essência, significou um evidente retorno ao tema.

Palavras-chave: Sentença declaratória. Condenatória. Eficácia executiva. Cumprimento.

RESUMEN

A través de este estudio, se busca resucitar antigua discusión acerca de la posibilidad de darse cumplimiento, a través de actos constitutivos, a las sentencias que son apenas declaratorias, especialmente después de la modificación introducida por la Ley 11.232, de 22 de diciembre de 2005, que incluyó en el rol de los títulos judiciales la “sentencia proferida en el proceso civil que reconozca la existencia de obligación de hacer, no hacer, entregar cosa o pagar cifra” (art.475-N). La nueva interpretación de ese artículo rompe, a cierto modo, con el antiguo dogma del proceso de ejecución, de la limitación de la eficacia ejecutiva a sentencias condenatorias, cuestionando incluso el propio concepto y clasificación de las sentencias. El objetivo de ese estudio, por lo tanto, es una análisis comparativa de los argumentos utilizados

por la doctrina que tiene posición en favor y en contra la posibilidad de ejecución de las sentencias declaratorias, demostrando, al final, que la innovación de la ley, en esencia, significó un evidente retorno al tema.

Palabras-llave: Sentencia declaratoria. Condenatoria. Eficacia ejecutiva. Cumplimiento.

1 Antecedentes - do projeto à lei

Certamente, dentre as várias alterações significativas sofridas pelo Código de Processo Civil ao longo dos últimos anos, uma em especial chamou a atenção daqueles que se propõem ao estudo detalhado do direito processual e que, sem sombra de dúvida, levará a doutrina a modificar totalmente sua concepção sobre antigos dogmas. Está-se referindo aqui a um simples inciso, acrescentado já em grau de emenda proposta pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, que incluiu dentro do rol de títulos executivos judiciais, as sentenças meramente declaratórias, ou seja, aquelas proferidas no processo civil que reconheçam a existência de obrigação de fazer, de não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (art. 475-N, I de acordo com a Lei 11.232/2005).

Essa hipótese, como já ressaltado, não estava prevista no texto original proposto pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da qual foram signatários os eminentes Ministros Athos Gusmão Carneiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Nancy Andrighi, além do professor Petrônio Calmon Filho, cujas críticas à emenda do Senado fizeram-se bastante agudas. Segundo sua visão, um dos maiores problemas criados com a modificação introduzida no projeto quando em tramitação no Senado foi a alteração do art. 475-N que, na sua concepção, criaria uma verdadeira “aberração jurídica” e que poderia provocar, de imediato, uma enxurrada de recursos e a inefetividade da atividade jurisdicional, ante a alegação de impossibilidade de se executar uma sentença declaratória.

Ainda segundo o professor Calmon, “não se pode dizer que tal emenda é apenas de redação, pois a alteração de redação está alterando enormemente o significado do dispositivo legal.”¹

Chegou-se mesmo a afirmar que as modificações feitas pelo Senado teriam se baseado na falsa premissa de que a lei 11.232/05 teria acabado com as sentenças condenatórias. A verdade é que, tenha ou não partido desta premissa, a lei de 2005 que alterou

¹ Disponível em: [http://www.direitoprocessual.org.br/Enciclop% E9dia %20Internacional/Propostas %20legislativas/Projetos%20-%20Processo%20civil/\(doc%2002\)%20Lei%2011232%20de%202005.doc](http://www.direitoprocessual.org.br/Enciclop% E9dia %20Internacional/Propostas %20legislativas/Projetos%20-%20Processo%20civil/(doc%2002)%20Lei%2011232%20de%202005.doc). Acesso em: 07.11.2006.

profundamente a sistemática do cumprimento de sentença manteve, sim, como base do processo executório, as sentenças de conteúdo condenatório. Basta verificar a redação do art. 475-J, introduzido pelo mesmo diploma legal, que se refere expressamente ao devedor condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação.²

O disposto no art. 475-N somente veio a permitir uma interpretação mais larga das espécies de sentença suscetíveis de execução, não implicando, de forma alguma, o fim das sentenças condenatórias.

De outro plano, um problema ainda mais grave foi apontado. É que a emenda apresentada pelo Senado e que modificou substancialmente a redação do art. 475-N foi considerada de mera redação, razão pela qual se entendeu desnecessário o retorno do projeto à Câmara dos Deputados.

Acontece que a redação primitiva do dispositivo contemplava apenas as sentenças condenatórias proferidas no processo civil como títulos executivos, tal qual já era previsto na antiga sistemática do CPC. Com a emenda, tanto aquelas, como as sentenças que se limitassem a reconhecer a existência de uma obrigação (declarar uma dívida, por exemplo) seriam passíveis de cumprimento.

Numa análise comparativa de ambas as situações (antes e depois da emenda), percebe-se facilmente que a alteração é mais larga do que a redação proposta pela Câmara dos Deputados. Destarte, em princípio, não se pode dizer que aquela alteração tenha sido meramente redacional, já que efetivamente abriu as portas para permitir a execução de sentenças meramente declaratórias. Sob esta justificativa é que se alega a inconstitucionalidade formal do dispositivo por ofensa ao devido processo legislativo.

Vai demorar algum tempo para que os tribunais decidam a respeito e, neste particular, o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo dependerá exclusivamente da prudência de cada magistrado que estiver diante da situação concreta, sopesando as reais vantagens das alterações introduzidas pela nova lei do cumprimento de sentença.

Finalmente, após mais de um ano de tramitação, a Lei 11.232/2005 entra em vigor no ordenamento brasileiro, modificando substancialmente o sistema de execução, agora cumprimento, dos títulos executivos judiciais. Essas alterações, pode-se dizer, vieram em

² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do ‘cumprimento da sentença’, conforme a lei 11.232/2005. parcial retorno ao medievalismo? Por que não?* Material da 2ª aula da Disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil - UNISUL-IBDP-REDE LFG. 2006. p.17.

boa hora, para não dizer tarde, já que o processo de execução nunca chegou a passar por uma alteração estrutural como ocorreu em relação ao processo de conhecimento, ou mesmo, ao sistema recursal.

Este aspecto foi brilhantemente ressaltado na exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei encaminhado à Câmara dos Deputados, ressaltando-se:

3. É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o 'calcanhar de Aquiles' do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito.

Com efeito: após o longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (quando menos o '*damno marginale in senso stretto*' de que nos fala Ítalo Andolina), O demandante logra obter alfin a prestação jurisdicional definitiva, com o trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o 'bem da vida' a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante 'embargos', com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos.

O maior problema que se enfrenta agora é saber como estas alterações vão ser recebidas no dia a dia forense e, especialmente, como serão realizadas, na prática. É justamente sob estes aspectos que se pretende dissertar.

2 A execução como forma de cumprimento do comando condenatório

As doutrinas brasileira e estrangeira sempre se filiaram à tese de que seria impossível proceder à execução de uma sentença com eficácia meramente declaratória, por não apresentar este tipo de provimento uma parte que impusesse uma sanção ao devedor. Neste sentido, anota Theodoro Júnior:

Somente as sentenças condenatórias é que habilitam o vencedor a propor contra o vencido a ação de execução. Às demais, falta esta eficácia. A sentença constitutiva, criando uma situação jurídica nova para as

partes, como, por exemplo, quando anula um contrato, dissolve uma sociedade conjugal ou renova um contrato de locação, por si só exaure a prestação jurisdicional possível. O mesmo ocorre com a sentença declaratória cujo objetivo é unicamente a declaração de certeza em torno da existência ou inexistência de uma relação jurídica (art. 4º). Em ambos os casos, nada há que executar após a sentença, quanto ao objeto específico da decisão.³

O professor Dinamarco sintetiza o quadro estabelecido antes da reforma introduzida pela Lei 11.232/2005:

É tradicional a atribuição de eficácia executiva, entre as sentenças de mérito, somente à condenatória. Isso é pacífico em doutrina e o Código de Processo Civil foi explícito a respeito, ao indicar, em primeiro lugar entre os títulos executivos judiciais “a sentença condenatória proferida no processo civil” (art.584, inc. I).⁴

Da mesma forma, lembra que as sentenças condenatórias são tradicionalmente aludidas pela doutrina como títulos executivos por excelência, notadamente, as chamadas condenações ordinárias, já que somente estas têm o poder de eliminar toda e qualquer dúvida em relação à existência do direito, ao seu objeto e à sua pronta execução, independentemente de qualquer evento ou providênci ulterior.⁵

Zavascki expõe ainda a lição do mestre Moreira, para quem “só a sentença condenatória atribui à parte vencedora o poder de promover ação executória contra o sucumbente. Nenhuma outra sentença é apta a produzir tal efeito”. E conclui:

Não produz, decreto, ainda quando reconheça ao autor a titularidade de um crédito em face do réu, a sentença meramente declaratória: tornando-se exigível o crédito declarado, e não se dispondo a satisfazê-lo o devedor, cumpre ao credor voltar a juízo com a ação condenatória, e apenas a nova sentença que lhe julgue procedente o pedido constituirá em seu favor título hábil para a execução.⁶

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.285-6.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. 1987, p.285-6.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1987. p.226. v. 1.

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados In: DIDIER JÚNIOR, Fredie, (org). Leituras complementares de processo civil. 3.ed. Salvador: Jus Podium. 2005.

No entanto, pelo refinamento técnico que envolve as construções doutrinárias em volta do tema, pode-se facilmente perceber que essas teorias surgiram num momento em que o processo civil preocupava-se mais em auto-affirmar-se como ramo autônomo do direito, dotado de conceitos científicos próprios do que, propriamente, servir aos fins últimos de justiça e pacificação social.

Com efeito, voltaram-se as atenções demasiadamente para o aspecto formal do Direito Processual Civil e seus institutos sem procurar adequá-los às exigências de efetividade que dão sustentação a este ramo do Direito.⁷ Como se disse no começo da exposição, a busca por um processo executivo efetivo foi, sob qualquer suspeita, o principal motivo que impulsionou a reforma que ora se comenta.

Sob este contexto, não parece razoável, ao menos do ponto de vista do princípio econômico do processo, exigir-se do credor, que já tivera seu direito reconhecido por sentença declaratória, novo ingresso em juízo somente para que o Judiciário manifeste-se novamente sobre a questão, impondo, desta vez uma sanção. O direito do credor para ser satisfeito não necessita ser imposto como sanção por uma decisão judicial, o que se exige é que, caso o credor queira fazer com que o devedor cumpra o preceito estabelecido na lei (coativamente), deva recorrer aos métodos de execução previstos na norma processual, já que somente o Judiciário tem legitimidade para impor qualquer restrição aos bens dos indivíduos.

Veja-se que uma coisa é dizer que o direito somente pode ser exigido se houver uma “condenação” (no sentido de imposição de uma sanção) por parte do órgão Judiciário; outra, bastante diferente, é permitir que o credor execute um direito que já foi reconhecido pelo próprio Judiciário (simplesmente declarado), mas que, não obstante não foi imposto (como sanção) pelo órgão competente.

O reconhecimento (acertamento) do direito e a sua execução não são atos privativos do Estado. Este somente passa a atuar nas relações individuais quando os sujeitos envolvidos não alcançarem voluntariamente uma forma de composição e satisfação de seus interesses. Aliás, diga-se de passagem, a grande maioria desses conflitos são resolvidos fora do Judiciário, pois o cumprimento da lei deve ser voluntário e espontâneo sob pena de total subversão da ordem.

⁷ Não se pode negar que a contribuição da fase científica do processo foi extremamente necessária para sua inserção na ciência do direito como ramo autônomo e por isso, busca-se atualmente, adequar aquelas construções às exigências de um processo funcional. Em verdade houve um sucessão de tendências na construção do Processo, todas relacionadas entre si num processo evolutivo, até chegar-se ao modelo que hoje se tem.

Por essa razão, o Estado, nesse contexto, limita-se a substituir aquela autocomposição, não podendo criar uma sanção que não decorra diretamente da lei. O que o Poder Judiciário faz é apenas declarar aplicável determinada lei ao caso concreto de modo a criar uma nova norma jurídica concreta e individual, expurgando quaisquer dúvidas a esse respeito.

3 Sentenças condenatórias e declaratórias: o problema da executividade

Apesar de divergências doutrinárias acerca da classificação das sentenças,⁸ prevalece hoje o entendimento de que tais provimentos assumem cinco formas: declaratórios, condenatórios, constitutivos, executivos *lato sensu* e mandamentais. Para racionalizar o estudo, entretanto, procurar-se-á limitar o tema apenas às duas primeiras espécies.

Essas espécies possuem algo em comum: todas apresentam, ainda que em um grau de eficácia mínimo, um caráter declaratório, ou seja, cada sentença apresenta uma eficácia preponderante (ou força de sentença, na terminologia utilizada por Pontes de Miranda) e outra secundária. Scarpinella explica:

Para ele, toda sentença é um conjunto de eficácia não exclusivas, mas combinadas e correlacionadas necessariamente entre si que, apenas e tão somente, preponderam sobre as outras. A força preponderante de uma sentença é que lhe empresta o nome. Uma sentença será condenatória, para Pontes, porque ela é preponderantemente condenatória. Apenas isto. Ela é também — e concomitantemente —, declaratória, constitutiva, executiva e mandamental.⁹

⁸ A doutrina clássica, notadamente a italiana, a exemplo de Giuseppe Chiovenda (1998), adotava a classificação trinária das sentenças em declaratórias, constitutivas e mandamentais. Contudo, esta corrente veio cedendo espaço nos últimos anos a uma classificação quinária, onde se inclui dentre as sentenças, aquelas mandamentais e executivas *lato sensu*. Essa corrente encontra respaldo especialmente a partir de uma releitura do princípio constitucional do acesso à justiça e da necessidade de se colocar à disposição dos litigantes instrumentos capazes de promover a plena satisfação do direito invocado. Neste sentido: Luiz Guilherme Marinoni (2005); Alexandre Freitas Câmara (2004).

⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Cumprimento da Sentença e Processo de Execução:** Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias. Material da 7ª aula da Disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil - UNISUL-IBDP-REDE LFG. p.12.

Feitas estas considerações, põe-se agora a questão: em que consiste verdadeiramente uma sentença condenatória, e o que a diferencia de uma sentença meramente declaratória para efeitos de força executiva?

A sentença declaratória expressa uma forma de acertamento do direito mediante o simples reconhecimento de uma relação jurídica sem se abrir a possibilidade, entretanto, do litigante vencedor valer-se de um eventual processo de execução, posteriormente, com base naquele direito. Pelo menos é assim para a doutrina de um modo geral. O provimento final, portanto, limitar-se-ia a declarar a existência de uma obrigação sem impor qualquer sanção à parte sucumbente.

A sentença declaratória apenas “declara” a existência, a inexistência, ou o modo de ser de uma relação jurídica. A ela recorre aquele que necessita obter, como bem jurídico, a declaração da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica.¹⁰

A sentença condenatória, por sua vez, consiste no ato pelo qual o Judiciário, além de reconhecer a existência do direito invocado pela parte, ao mesmo tempo abre oportunidade ao vencedor da demanda de utilizar-se dos meios de execução forçada oferecidos pelo Estado, ou seja, o que caracteriza uma sentença dessa natureza é, em síntese, a sanção executiva.¹¹

Liebman já ressaltava que o elemento característico das sentenças condenatórias seria o seu poder de fazer vigorar a força coativa da sanção,¹² entretanto, esclarece-nos Chiovenda que

a condenação não é, em verdade, com respeito à parte vencida, um ato autônomo de vontade do juiz, não é uma ordem do juiz; é a formulação de uma ordem contida na lei, e só é um ato de vontade do juiz neste sentido, de que o juiz quer formular a ordem da lei. Quando, portanto, se vislumbra no dispositivo da sentença um ato de vontade, uma ordem, pretende-se deduzir que a ordem da lei adquire na sentença novo vigor de fato, maior força cogente e que a sentença, como ato de autoridade, encerra virtude de ordem paralelamente à lei.¹³

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

¹¹ MARINONI, 2005.

¹² LIEBMAN apud ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados *In: DIDDIER JÚNIOR, Freddie, (org). Leituras complementares de processo civil*. 3.ed. Salvador: Jus Podium. 2005.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. p.230, 274-5.

E complementa: “A diferença reside, pois, nisto: em que, na sentença condenatória, a declaração tem duas funções distintas; na declaratória, uma única.”¹⁴ Zavascki, seguindo esta linha, lembra que a força coativa da sanção a que se referiu Liebman não pode constituir, propriamente, “função da sentença condenatória, mas sim da ação executiva que a ela posteriormente segue.”¹⁵ A sanção não é imposta pelo Judiciário, antes ela nasce da correlação feita entre a norma abstrata e o caso concreto submetido à apreciação judicial.

Uma norma jurídica apresenta, em sua estrutura, uma parte, chamada de endonorma (ou norma primária), que declara o bem jurídico tutelado e, ao mesmo tempo, confere uma posição subjetiva de vantagem a todo aquele que se enquadre na situação fática abstrata descrita em seu texto; e, uma outra parte, denominada de norma secundária ou perinorma, dirigida ao órgão estatal encarregado de prestar a jurisdição. É o que se chama de “sanção”.

Toda norma jurídica, por assim dizer, tutela uma determinada situação fática em todos os seus graus, desde a descrição da hipótese de aplicação até a imposição de uma sanção pelo seu descumprimento.

As sentenças condenatórias não constituem uma sanção (frise-se), mas tão-somente declaram aplicáveis ao caso concreto os elementos descritos de forma abstrata na norma, ou melhor, concretizam a hipótese da endonorma e da perinorma no caso específico. Pode-se, até mesmo, dizer que apresentam uma dupla eficácia declaratória: declaram a existência da relação jurídica, num primeiro momento, e, posteriormente, a própria sanção imposta pela norma.

Perceba-se que as sentenças declaratórias ao reconhecerem também a certeza acerca da existência e da exigibilidade de uma determinada prestação devida, nada mais fazem do que adequar os preceitos normativos abstratos ao caso concreto.

Anteriormente à elaboração do Código de Processo Civil de 1973, as ações declaratórias revestiam-se de caráter tipicamente preventivo já que o CPC 1939 não admitia a execução do preceito declarado em casos de violação do direito. O artigo 4º do atual Código de Processo mudou substancialmente essa regra prevendo, expressamente, que a ação declaratória é admissível ainda que tenha ocorrido a violação do direito, levando a crer que sentença declaratória vai bem mais além do que simplesmente reconhecer a existência de um direito. O juízo feito mediante a sentença declaratória não se limita apenas ao preceito primário da norma, mas

¹⁴ CHIOVENDA, 1998. p.230, 274-5.

¹⁵ ZAVASCKI, 2005. p.26.

também ao preceito secundário (quando o direito já houver sido violado), ou seja, à sanção.

Ao se proceder dessa forma, cria-se uma nova norma jurídica concreta, semelhante ao que ocorre com as sentenças condenatórias e, portanto, perfeitamente exequível.

É equivocada, portanto, a premissa utilizada pela doutrina clásica para conceituar as sentenças condenatórias, no sentido de que somente estas habilitariam uma futura execução, pois a possibilidade de satisfação de um direito reconhecido em juízo não pode ser afastada em qualquer hipótese, mesmo em se tratando de sentenças meramente declaratórias.

A sentença civil não precisa ser condenatória para dar ensejo à execução, basta que reconheça os predicados atinentes ao direito reconhecido e indispensáveis à tutela jurisdicional executiva: certeza e liquidez da obrigação. Assim, a sentença civil não precisa ter necessariamente um conteúdo condenatório para permitir a execução, basta que reconheça a existência da obrigação, declarando imperativamente o *an debeatur*, ou seja, o que é devido.¹⁶

Apenas a título de exemplo, o próprio CPC já previa, antes da lei 11.232/2005, algumas hipóteses em que o simples reconhecimento da existência de uma relação jurídica já serviria de título executivo judicial, sem, no entanto, arrolá-los no antigo artigo 584. É o caso, por exemplo, da sentença que declara o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos nos casos de denunciaçāo da lide (art. 76, CPC); da proferida em ação consignatória que, reconhecendo insuficiente o valor depositado pelo autor, serve como título executivo em favor do réu sobre o montante restante (§2º, art. 899); na ação de prestação de contas, em que o juiz declara na sentença o montante do saldo credor (art. 918); as sentenças que declararam extinta a execução provisória, da qual decorre automaticamente a responsabilidade do exequente pelas perdas e danos causados ao devedor (art. 588, I); a sentença que julga procedente a ação de resilição de contrato de promessa de compra e venda e garante a restituição do bem, pois esta obrigação é efeito necessário e natural da resolução do compromisso.¹⁷

¹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Sentença e liquidação no CPC:** Lei n. 11.232/2005. Material da 4^a aula da Disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil - UNISUL-IBDP-REDE LFG. 2006, p 8-9.

¹⁷ ZAVASCKI. **Processo de execução:** parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

Podem-se citar ainda outros exemplos, como o caso da sentença que julga procedente o mandado de segurança, dando margem a que o impetrante execute as parcelas vencidas após a impetração, mesmo sem pedido explícito; da decisão que declara, para fins de compensação tributária, o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo.¹⁸

Do ponto de vista constitucional, não se pode, através de lei, limitar a satisfação de um direito já amplamente reconhecido pelo Judiciário e que se tornou norma concreta e individual entre os litigantes, sob pena de sufragarmos o princípio do acesso à ordem jurídica justa. Com efeito, a possibilidade de satisfação do direito é inherente à própria atividade jurisdicional completa. Trata-se de uma forma de garantir a autoridade da decisão prolatada através da sanção prevista na norma (antes abstrata e geral, agora concreta e individualizada).

O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admisão de pessoas e causas ao processo (universalidade de jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.¹⁹ (grifo nosso).

O Judiciário não emite recomendações, mas impõe, com obrigatoriedade, comportamentos e certezas e, justamente por estar garantido por esta obrigatoriedade, deve possuir meios eficazes de preservar a observância às suas decisões quando descumpridas. Somente assim se presta uma tutela jurisdicional efetiva e condizente com os parâmetros constitucionais exigidos por uma ordem jurídica justa.

Outro ponto que deve ser considerado é que exigir do autor, que já teve seu direito reconhecido por sentença, ingressar novamente no Judiciário, somente para ver declarada uma sanção, em caso de descumprimento, representa evidente afronta à garantia constitucional da coisa julgada. Com efeito, estando preclusas to-

¹⁸ Neste sentido, v. ERESP nº 609266/RS.

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros. 2004. p.33.

das as vias no processo em que se discutiu a existência ou não de uma relação jurídica, o retorno ao tema em outro processo, ainda que mediante ação de natureza condenatória, implicará nova apreciação daquela mesma relação jurídica já decidida. A segunda causa não poderá chegar à conclusão diversa daquela encontrada na primeira, razão pela qual se mostra totalmente desnecessário e inócuo o segundo pronunciamento, representando, em última análise, evidente desperdício de atividade jurisdicional.

Conclusão

Pelo que se pode perceber, a parte mais tormentosa da discussão acerca da possibilidade de execução de outras espécies de sentença, a exemplo das declaratórias, já foi superada, eis que a redação do artigo 475-N, I, introduzido pela Lei 11.232/2005 facilitou bastante a assimilação da idéia. Todavia, somente o cotidiano é que poderá dizer se estas alterações legislativas alcançaram efetivamente seu fim ou se, ao contrário, levarão a um estágio maior ainda de emperramento e de inefetividade do Judiciário, como assinalou Calmon, citado logo no início do texto.

O que se buscou aqui foi fazer um apanhado de toda a controvérsia surgida a respeito do tema, antes da entrada em vigor da lei de “cumprimento de sentença”, na tentativa de demonstrar que, apesar de recente o artigo 475-N, I, a inovação legislativa representou, em essência, uma volta às bases da teoria da execução. Apenas para enriquecer o trabalho, a Lei 11.232/2005 foi mais além, ao trazer novamente à tona o problema de se definir “sentença”, já que o antigo conceito previsto no art. 162 foi sensivelmente alterado.

Certamente a maior dificuldade de assimilar a alteração legal inserida pela Lei 11.232/05 é tentar interpretá-la valendo-se de antigos preceitos e dogmas processuais, esquecendo-se, porém, que a dinâmica dos fatos e a mudança no foco das discussões sobre o papel do processo civil contemporâneo tem exigido uma postura substancialmente diversa do intérprete.

Não se pode mais pensar no processo como um adjetivo do direito substancial, como outrora já se fez amplamente, mas sim como seu principal instrumento de pacificação social; da mesma forma que também não se pode mais pensar em tutela jurisdicional efetiva sem um processo de satisfação (execução, cumprimento) eficaz. Reconhecer o direito e não fornecer meios hábeis a satisfazê-lo é o mesmo que não reconhecê-lo.

Não foi por outra razão que o Ministro Athos Gusmão chegou mesmo ao ponto de dizer que, para fazer uma alteração tão signi-

ficativa no processo de execução, como foi feito, tornou-se necessário um parcial retorno aos tempos medievais, mediante a restauração do “bom” princípio de que *sententia habet paratam executionem* e da execução per officium judicis do direito comum medieval.²⁰

Referências

- BUENO, Cássio Scarpinella. **Cumprimento da Sentença e Processo de Execução:** Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias. Material da 7^a aula da Disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil - UNISUL-IBDP-REDE LFG.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. v.1.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do ‘cumprimento da sentença’, conforme a lei 11.232/2005. parcial retorno ao medievalismo? Por que não?** Material da 2^a aula da Disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil - UNISUL-IBDP-REDE LFG. 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 20.ed. São Paulo: Malheiros. 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1987. v. 1.
- IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual. **Propostas Legislativas em processo civil** - Projeto da lei de cumprimento de sentença. Disponível em: [http://www.direitoproces-sual.org.br/Enciclop%20dia%20Internacional/Propostas%20legislativas/Projetos%20%20Processo%20civil/\(doc%2002\)%20Lei%2011232%20de%202005](http://www.direitoproces-sual.org.br/Enciclop%20dia%20Internacional/Propostas%20legislativas/Projetos%20%20Processo%20civil/(doc%2002)%20Lei%2011232%20de%202005). Acesso em 07.11.2006.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Sentença e liquidação no CPC:** Lei n. 11.232/2005. Material da 4^a aula da Disciplina Cumprimento das decisões e processo de execução, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil - UNISUL-IBDP-REDE LFG.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. 2006, p.1.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados *In:* DIDIER JÚNIOR, Freddie, (org). **Leituras complementares de processo civil.** 3.ed. Salvador: Jus Podium. 2005.

_____. **Processo de execução: parte geral.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

O processo monitório – um estudo comparado das legislações espanhola e brasileira

Wilson de Souza Malcher

Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Especialista em Direito Processual Civil - IBDP

MBA em Direito Econômico e das Empresas - FGVIDF

Mestre em Direito Processual - Faculdade de Direito

da Universidade de Coimbra-Portugal

Doutorando em Direito Processual - Faculdade de

Direito da Universidade de Salamanca-Espanha

RESUMO

Os processos monitórios espanhol e brasileiro possuem a mesma base legislativa, o *procedimento d'ingiuzione* italiano, de cognição fundada na prova documental unilateralmente apresentada pelo credor. Diga-se a propósito, a finalidade desse procedimento é justamente obter, de forma rápida e simples, um título executivo com base em cognição sumária e na inversão do contraditório. O procedimento monitório brasileiro é consequência do movimento de “reforma do Código de Processo Civil”, sendo introduzido por meio da Lei n. 9.079/1995. E, na Espanha, também decorrente de uma reforma processual, pela *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 2000, quando chegou a ser considerado como a panaceia para a tutela do crédito.

Palavras-chave: Processo monitório. Dívida documental. Cognição. Oposição.

RESUMEN

La base legislativa del proceso monitorio español y brasileño es la misma a saber, el *procedimento d'ingiuzione* italiano, de cognición fundada en la prueba documental unilateralmente presentada por el acreedor. A propósito, la finalidad de ese procedimiento es justamente obtener, de manera rápida y sencilla, un título ejecutivo con base en cognición sumaria y en la inversión del contradictorio. El procedimiento monitorio brasileño es consecuencia del movimiento de “reforma del Código de Proceso Civil”, siendo introducido por medio de la Ley n. 9.079/1995. Y, en España, también resultante de una reforma procesal, por la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de

2000, cuando llegó a ser considerado como la panacea para la tutela del crédito.

Palabras-clave: Proceso monitorio. Deuda documental. Cognición. Oposición. Ejecución.

Introdução

Este trabalho apresenta uma reflexão sobre o processo monitorio, a ação monitória no Brasil, a partir de uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos espanhol e brasileiro, tendo como suporte os estudos realizados por doutrinadores brasileiros e espanhóis, em sua maioria.

É bom que se diga que não temos o propósito de eliminar divergências ou revelar soluções ambiciosas; planejamos, tão-somente, contribuir com a discussão sobre o tema.

Sabemos que o processo monitório é uma das estrelas da reforma processual espanhola, operada pela *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 2000 (daqui em diante, somente LEC/2000). E, considerando por alguns como a panaceia para a tutela do crédito.

Com efeito, a introdução do processo monitório espanhol é fruto de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho - a Diretiva 2000/35, de 29 de junho - com vistas ao estabelecimento de medidas de luta contra a morosidade nas transações comerciais.

A base legislativa do moderno processo monitório espanhol, bem como do brasileiro é a mesma: o procedimento d'ingiuzione italiano, precisamente, o processo monitório documental.

Durante o desenvolvimento, teremos a oportunidade de discorrer sobre a origem e a evolução histórica do processo monitório, suas características e requisitos específicos, bem como todo o procedimento adotado pelos dois ordenamentos jurídicos.

1 Conceito e finalidade do processo monitório

Podemos definir o processo monitório como um processo especial cuja finalidade é justamente obter, de forma rápida e simples, um título executivo com base em cognição sumária e na inversão do contraditório.¹

¹ De maneira similar, manifestam-se ROBLES GARZÓN, J. Comentários prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p.728, CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. v. III. p.521. II. THEODORO JÚNIOR, H. **As inovações no Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996 p.74-5.

O processo monitório² configura-se, assim, como um processo especial particularmente rápido, resultante de uma dívida representada por um documento que carece de força executiva, e que tem por objetivo a criação de um título de execução.

Segundo o modelo adotado, tanto na Espanha como no Brasil, a cognição é fundada exclusivamente na prova documental unilateralmente apresentada pelo credor.³ O requerimento ou mandado de pagamento converte-se em título executivo no caso de não oposição do devedor, como será analisado mais adiante.

2 Origem e evolução histórica do processo monitório

A origem do processo monitório, segundo aponta Correa Delcasso,⁴ há de se situar durante a Alta Idade Média (século XIII), na Península Itálica, por conta do *proeceptum* o *mandatum de sol-*

² São, portanto, as características principais do processo monitório: a) uma cognição sumária por parte do tribunal que deve analisar, além dos requisitos formais, o documento (ou documentos apresentados). b) a inversão da iniciativa do contraditório, que faz com que o demandado assuma a carga da oposição. Vale lembrar, neste momento, que no processo monitório brasileiro o objeto não é somente o pagamento da dívida, como também a entrega de uma quantidade de coisas fungíveis, ou entrega de coisa móvel determinável

³ Em verdade, existem dois tipos de processos monitórios reconhecidos na doutrina: o puro e o documental. No **processo monitório puro** é necessária somente a simples afirmação do autor, na petição inicial, da existência de uma dívida em dinheiro e/ou de uma obrigação de entregar uma coisa determinada. Este é o tipo adotado na Alemanha e Áustria (*Mahnverfahren*), e na Holanda (*Dwangbevelprocedure*), na qual o legislador privilegiou a boa-fé do credor, a verdade de suas afirmações. Já no **processo monitório documental**, existente na França, Itália, Espanha e Brasil, por exemplo, exige-se a apresentação de um documento que constitua um princípio de prova do direito do credor. Assim, da afirmação do credor, provada documentalmente, surge um provimento judicial, o mandado de pagamento. Sobre o tema esclarece Calamandrei nos seguintes termos: "mientras en el proceso monitorio puro la orden de pago pierde toda su eficacia por la simple oposición no motivada del deudor, en el proceso monitorio documental la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir um juicio de cognición en contradictorio, en el cual el tribunal, valorando en sus elementos de derecho y de hecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestren la falta de fundamento del mandato de pago o si, por el contrario, éste merece, con base en las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor, ser, sin embargo, mantenido y hecho ejecutivo" (CALAMANDREI, Piero. **El procedimiento monitorio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. Traducción de Santiago Sentis Melendo. p.38).

⁴ Segundo CORREA DELCASSO, Juan Pablo. **El proceso monitorio**. 5.ed. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1998. p.13. (Monografia cuja consulta recomendamos para aprofundar o estudo do processo monitório), em que pese as reticências mostradas por importante setor doutrinal germânico do princípio do século XX, é indubitável que o processo monitório tem como base o *proeceptum* o *mandatum*

vendo cum clausula iustificativa,⁵ inspirado no procedimento canônico da *summaria cognitio*, que teria por objetivo abreviar a duração dos processos,⁶ para depois, entre os séculos XIV e XVI, expandir-se ao direito germano, chegando, em seguida, ao resto dos países europeus, especialmente aos países escandinavos e aos antigos países do leste.

Na Espanha, com a LEC/2000, aparece, pela primeira vez, uma regulação do processo monitório. Bonet Navarro,⁷ por sua vez, em posição isolada, sustenta que na LEC/1881, também era possível encontrar disposições técnicas acerca das ações monitórias, como é o caso do procedimento de contas em favor dos advogados e procuradores, ainda que não fosse possível articular uma autêntica oposição ao pedido de pagamento.

O processo monitório brasileiro, a seu turno, é consequência de um movimento legislativo conhecido como “reforma do Código de Processo Civil”, quando foi introduzido no ordenamento nacional por meio da Lei n. 9.079/1995, de 14 de julho. Por outro lado, já no século XIX, por força da adoção do Regulamento n. 737 (1850), do direito luso-brasileiro, aplicável às demandas comerciais e cíveis, fora introduzida a “ação decendiária” ou a “ação de assinatura de dez dias”, das Ordenações Manoelinas e Filipinas, um procedimento similar ao *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, que consistia na assinatura de dez dias para o réu pagar, ou, dentro desse prazo, alegar e provar os embargos que tivesse (art. 246).⁸

de solvendo cum clausula iustificativa, criado no século XIII, que se assemelha às formas processuais germânicas, o *indicus commonitorius*, desenvolvido na doutrina com base na L.5, § 10, *Dig. de operis novi nunc*. 39.1, como assinala CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Processo Monitório**. Curitiba: Juruá, 2005. p.27.

⁵ O *proeceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, assevera CORREA DELCASSO, Juan Pablo. 1998. p.14), surgiu para superar o dispendioso *solemnis ordo iudicarius*. “El proceso se iniciaba con una orden del juez de pagar o hacer alguna cosa (*de solvendo vel trahendo*). Esta orden o mandato venía emanada sin una previa cognición (*ante causa cognitionem*)”.

⁶ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.286-7. Sustenta o autor que o juiz, por meio desse procedimento, estava autorizado a emitir em favor do credor, sem prévia citação do devedor, uma ordem de pagamento envolvendo pequenos créditos (*el mandatum de solvendo*), que permitia a execução, porém essa ordem deveria vir acompanhada da cláusula iustificativa, ou seja, a de que o devedor, se desejasse opor defesa, deveria fazê-lo dentro de um certo tempo.

⁷ BONET NAVARRO, José. et al. **Derecho Procesal Civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p.1029.

⁸ Por isso, alguns autores afirmam que, em verdade, o processo monitório fora reintroduzido no sistema processual brasileiro (vide WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. v.3, p.261; CASTRO, Aloísio Pires de.

A base legislativa do moderno processo monitório espanhol e brasileiro é, como visto, a mesma: o *procedimento d'ingiuzione* italiano, mais precisamente, o processo monitório documental.⁹

3 Natureza jurídica do processo monitório

É bom advertir, desde o início, que determinar a natureza jurídica do processo monitório é tarefa delicada. E, não por acaso, ilustres processualistas (principalmente italianos) dedicaram-se ao estudo dessa questão, a exemplo de Chiovenda, Segni, Satta, Calamandrei e Carnelutti.

Dos embargos ao mandado monitório. Natureza e questões controvertidas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Janeiro/Dezembro de 2004, p.258. O certo, porém, é que, a Regulação n. 737 vigorou até o advento da Constituição de 1891, quando os Estados-membros foram autorizados a legislar sobre processo. Com realce para a Constituição do Estado de São Paulo, que nos artigos 767-771 (Capítulo XVIII do Livro V – “Do Processo Especial”), regulou a “ação decendiária”.

- ⁹ Vide Nota n. 6. Na Itália é possível também a adoção do processo monitório puro, não adotado nos ordenamentos espanhol e brasileiro, como mencionado anteriormente. Correa Delcasso ao discorrer sobre o processo monitório italiano, assinala que o procedimento de injunção constitui um dos processos mais utilizados pelos tribunais italianos, e, por consequência, um dos que provocou maior número de sentenças por parte da Corte de Cassação. (CORREA DELCASSO, Juan Pablo. 1998. 97-155) O CPC italiano prevê que o objeto da dívida pode consistir, como estabelece o art. 633, em *uma soma líquida em dinheiro*, ou que o credor pode solicitar a reintegração de um crédito que versa sobre uma “*determinada quantidade de coisas fungíveis*”. Neste caso, o credor deve declarar a soma de dinheiro que está disposto a aceitar, na ausência de uma prestação *in natura* para liberar definitivamente a outra parte. O credor pode finalmente pedir também a consignação pelo devedor de *uma coisa móvel determinada*. Relativamente ao procedimento, é certo que, a demanda monitória é proposta mediante um ricorso que contém, além dos requisitos indicados no art. 125, a indicação das provas que se aportam, relativa ao título. O ricorso deve conter também a indicação do procurador do credor ou, se admitida a constituição pessoal, a declaração de residência ou a eleição de domicílio do lugar onde está radicado o juiz competente (art. 638.1 CPC). São competentes para conhecer de um ricorso per *ingiunzione*: o Juiz de paz (que susbtitui a antiga figura do *Conciliatore*), o Pretor ou o Presidente do tribunal que seriam competentes para conhecer da demanda proposta na via ordinária (art. 637.1 CPC). A prova escrita no moderno *procedimiento d'ingiunzione* é de extraordinária importância, assinala o nobre processualista espanhol, devendo o credor provar sempre documentalmente, através de uma *prova escrita*, os fatos constitutivos de sua pretensão, enquanto que ao devedor incumbirá a prova dos fatos impeditivos, extintivos e excludentes, na fase de oposição. Comprovada, contudo, a regularidade da notificação e a ausência de oposição no prazo correspondente, o juiz declarará executivo o mandado de pagamento (art. 647 CPC), finalizando o processo monitório.

Em estudo de considerável conteúdo técnico, Correa Delcasso,¹⁰ já citado neste trabalho, efetuou análise das teorias mais importantes formuladas sobre a natureza jurídica do processo monitório, para, ao final, sintetizá-las em três grupos distintos, que serão explicitados a seguir.

3.1 O caráter de jurisdição voluntária

Os representantes mais emblemáticos daqueles que sustentam o caráter administrativo do processo monitório estão na Áustria e França. Segundo Calamandrei,¹¹ o motivo pelo qual os processualistas austríacos consideram o *Mahnverfahren*, como pertencente aos procedimentos de jurisdição voluntária (*ausser Streitsachen*), é que “nesta forma de procedimento falta, a seu entender, todos os sinais de cognição, enquanto o juiz emite sua ordem de pagamento baseando-se em simples afirmações do credor, sem comprovar, sequer superficialmente, o fundamento das mesmas.”¹²

Da mesma opinião são os autores franceses Martin y Regnard (*Recouvrement simplifié des créances commerciales*, en R.T.D.COMM, 1954, p.778), segundo os quais “o magistrado não resolve nenhum litígio: reconhece um direito e consagra o valor de um título. Ademais, esta decisão não tem efeitos de coisa julgada, posto que o credor sempre pode recorrer a uma jurisdição ordinária.”¹³ Bem como, de Perrot (*Il procedimento per ingiuzione (Studio di diritto comparato*, In: R.D.P, 1986, p.728), que assegura: “não há nenhuma dúvida de que o mandado de pagamento ditado pelo juiz deve ser considerado como uma simples constituição em mora, e não como uma decisão sobre o fundo do assunto.”¹⁴

3.2 O caráter jurisdicional

Na Itália, segundo chama atenção Correa Delcasso, os processualistas, encabeçados por Chiovenda e Calamandrei, em princípios do século XX, elaboraram brilhantes teorias doutrinárias contra as teorias elaboradas pelos processualistas austríacos em torno da natureza administrativa do processo monitório.¹⁵

¹⁰ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. 1998. p.267-8.

¹¹ CALAMANDREI, Piero, 1953. p.48-9.

¹² Esta opinião, como assevera o processualista italiano é refutada pela maioria, ou melhor, pela totalidade dos processualistas alemães, que reconhecem a natureza jurisdicional do processo monitório.

¹³ Apud CORREA DELCASSO, Juan Pablo. 1998. p.272.

¹⁴ Apud CORREA DELCASSO, Juan Pablo. 1998. p.272.

¹⁵ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. 1998. p.273.

Para Calamandrei¹⁶ “é evidente que o processo monitório pertence à jurisdição contenciosa (ou seja, mais simplesmente, à verdadeira jurisdição.)” Para defini-lo como uma forma especial de processo de cognição abreviado.¹⁷

Contudo, não deixa de suscitar uma objeção:

Como é possível considerar o processo monitório como uma forma (ainda quando seja abreviada e simplificada) de processo de cognição, se o caráter típico deste instituto a respeito da qual já no direito comum se falava de ‘*praeceptum executivum sine causae cognitione*’ é a falta de toda cognição sobre o fundamento da demanda?¹⁸

Para, em seguida, esclarecer que:

O procedimento, que se inicia *sine causae cognitione* em virtude da demanda do credor, pode dar lugar, sempre a um processo ordinário de cognição em face à oposição do devedor; já que desta posterior e eventual inserção de uma verdadeira e própria fase de cognição no processo monitório não derivaria a necessidade lógica de reconhecer ao procedimento monitório o caráter de processo de cognição desde seu início, da mesma maneira que não perde seu caráter inicial o processo executivo comum só porque também no curso do mesmo pode incrustar-se, em virtude da oposição do devedor contra a execução, um verdadeiro e próprio juízo de cognição.¹⁹

¹⁶ CALAMANDREI, Piero, 1953. p.50-1 O ilustre Professor italiano reconhece a natureza jurisdicional do processo monitório e refuta os argumentos daqueles que defendem o caráter administrativo. Assinala que **Goldering** (*Das Mahnverfahren*, p.452) parte de uma concepção, hoje em dia repudiada, a “...de que o critério de distinção entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária consiste em que a primeira se dirige a *reprimir* a injustiça já ocorrida, enquanto que a segunda trata de prevenir a injustiça futura (critério que faria entrar na jurisdição contenciosa também a conciliação)...”.

¹⁷ Observa **Calamandrei**, que não se pode entender claramente o mecanismo do procedimento monitório, posicionando-o em relação ao princípio dispositivo, sem considerar a idéia principal comum que atribui ao silêncio e a inércia de uma parte o efeito de fazer considerar como verdadeiros os fatos afirmados pela parte contrária. Assim, a parte interessada deve estar apoiada por provas, para dar ao juiz a certeza de que o fato é verdadeiro. Ademais, acrescenta e denomina de “inversão da iniciativa do contraditório”, posto que no processo monitório, como analisaremos no momento oportuno, desloca-se a iniciativa do contraditório do autor ao demandado. (CALAMANDREI, Piero, 1953. p.62).

¹⁸ CALAMANDREI, Piero, 1953.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero, 1953.

A falta de cognição, a falta de controvérsia e a falta de partes processuais constituem as notas de base dos processualistas austríacos para justificar o caráter de jurisdição voluntária dos processos monitórios, porém não são bases sólidas, há uma relação jurídica insatisfieta, tanto que o credor busca o tribunal para uma ordem de pagamento; ele exige seu direito, uma obrigação não cumprida, portanto, há cognição e há partes.²⁰

3.3 O caráter misto

Para alguns autores, a exemplo de Cornelutti,²¹ o processo monitório constituiria um *tertium genus* (de processo), que se situ-

²⁰ Os autores espanhóis pesquisados são uníssonos: o processo monitório é um processo pertencente à jurisdição contenciosa. Robles Garzón, J. (*Op.cit.*, p.726-727) leciona que “hay cognición antes de dictarse la orden de pago porque el juez antes de requerir del pago no solamente ha analizado los requisitos formal (*sic!*) del documento en el que se basa la deuda, sino que ha dado valor a las afirmaciones que el acreedor ha hecho en la solicitud acerca de la certeza de la deuda ...”. Para reconhecer que “el proceso monitorio es declarativo porque a través de él lo que se pretende es crear un título ejecutivo”. Compartilham desta opinião os autores: **Tome García**, para denominá-lo de “processo declarativo especial” e assinalar as razões: “a) En el monitorio se pretende la creación de un título que, previamente, exige de una cognición por parte del tribunal...; b) El título ejecutivo creado produce efectos de cosa juzgada material” (TOMÉ GARCIA, José Antonio. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, *In: RDPro* - dirigida a Iberoamérica n. 2. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2000. p.446); González López, R. (Sobre la debatida naturaleza jurídica del proceso monitório, p.361), en los siguientes términos: “...resulta indiscutible su carácter jurisdiccional que implica que sobre la admisión de la solicitud monitoria y del posterior requerimiento de pago apercibimiento de ejecución únicamente pueda ocuparse un juez”. **Hinojosa Segovia** é contundente quando diz que o processo monitório “é um processo singular, declarativo, especial, plenário e rápido.” (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, *In: RDPro*, dirigida a Iberoamérica n. 1-3. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2001. p.305-6); Para a doutrina processual brasileira são espécies de processo: a) o processo de cognição ou de conhecimento; b) o processo de execução; e, c) o processo cautelar. Por isso, tecnicamente, o processo monitório, denominado de “ação monitória” no Código de Processo Civil brasileiro, é chamado de “procedimento monitório” por quase todos os doutrinadores. Para Carreira Alvim, o processo monitório é “procedimento do tipo de cognição sumaria” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. p.44). Para Câmara “o procedimento monitório é de natureza cognitiva.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. 2005. p.526). Por sua vez, Theodoro Júnior leciona que “a cognição praticada na ação monitória é, de início, *sumária ou superficial...* (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III, p.336).

²¹ Apud CORREA DELCASSO, Juan Pablo. 1998. p.286-7, conforme afirma o autor italiano em um de seus artigos (*In difesa del titolo ingiuntivo*, *In R.D.P*, 1956, p.91). *Idem* CARREIRA ALVIM, José Eduardo. 2005. p.41, apud Garbagnati, E. (Il procedimnto d'ingiuzione, p.20.

aria a meio caminho entre o processo de cognição e o de execução.²² Aponta-se como base de argumentação o seguinte:

a) a função do processo monitório não consiste tanto “em declarar uma determinada relação jurídica, como em obter um mandado de pagamento que possa por em movimento a execução forçada”;²³

b) “no processo de cognição, o juiz primeiro dita a sentença e posteriormente ordena; no processo monitório, o juiz primeiro ordena e logo dita a sentença, se necessário”.²⁴

De fato, diante das teorias formuladas acerca da natureza jurídica do processo monitório, por parte de importantes processualistas, fica evidente a controvérsia estabelecida. Advogamos, em definitivo, que no processo monitório há uma verdadeira cognição; tendo, portanto, natureza contenciosa. Trata-se de um procedimento especial destinado a outorgar proteção rápida e eficaz ao crédito em dinheiro (em Espanha, ex vi do artigo 812 LEC 1/2000), bem como a entrega de coisa fungível (coisa incerta) ou de determinado bem móvel (coisa certa), no procedimento monitório brasileiro.

Assim mesmo, é um *tertium genus*, nas palavras de Carnelutti, misto de processo de cognição e de execução.

4 Características do processo monitório

As características mais significativas são quatro, a saber:

a) sua finalidade, a criação de um título executivo rápido e simples; com um incremento especial: o requerimento ou mandado de pagamento se converte em título executivo, se o devedor não se opuser;

b) o mandado de pagamento é expedido *inaudita altera parte* e sem cognição completa;²⁵

²² Alguns processualistas brasileiros, ao contrário, seguem essa corrente, considerando o procedimento monitório como um novo tipo de processo, um *tertium genus* (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1 e 2. p.418-419). MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.286. afirma categoricamente tratar-se de um processo misto, integrado por atos típicos de cognição e de execução. De igual maneira, assinala GRÉCO FILHO, V, 2006. p.270: “a ação monitória é um misto de ação executiva em sentido lato e cognição, predominando, porém, a força executiva”.

²³ Apud CORREA DELCASSO, Juan Pablo, 1998. p.287-88.

²⁴ Apud CORREA DELCASSO, Juan Pablo, 1998. p.287-88.

²⁵ Essa cognição incompleta, por sua vez, é apenas procrastinada, não excluída. É posterior à provisão do juiz, não anterior.

c) a inversão do contraditório, que faz com que o demandado assuma a carga da oposição. Ao devedor é facultado opor-se ao mandado de pagamento.²⁶ Nas palavras de Calamandrei, “o juízo sobre a oportunidade de abrir o contraditório e, por conseguinte, a iniciativa de provocá-lo deve deixar-se à parte em cujo interesse o princípio do contraditório tem inicialmente vigor, isto é, ao de-mandado”;²⁷

d) a oposição do devedor pode estar baseada em qualquer razão, ou seja, os motivos de oposição que pode invocar o deve-dor não estão limitados.²⁸

Essas características manifestam-se na estrutura do processo monitório, tanto nos países que adotam o processo puro, como o documental. São, portanto, características comuns aos dois tipos.

5 Requisitos do processo monitório

Como assinalado anteriormente, o processo monitório, incor-porado ao sistema jurídico espanhol somente em 2000, uma das principais novidades da Lei 1/2000, de 7 de janeiro, porém de antecedentes que remontam à Itália do século XIV, foi criado como a esperança de maior efetividade na recuperação do crédito.²⁹ Para tanto, o legislador espanhol optou por um modelo híbrido ou mis-to, contendo as características anteriormente apontadas e com os requisitos próprios de todo processo monitório.

A doutrina especializada contempla dois tipos de requisitos: os subjetivos e os objetivos, como passaremos a analisar.

²⁶ Alguns autores apontam como característica do processo monitório a “ausência de contrariedade”, pois o juiz expede uma ordem, *initio lits*, sem conceder ao réu a oportunidade de ser ouvido, e, portanto, de influir na convicção do juiz. **Carnelutti**, por outro lado, é de opinião de que ocorre somente uma “eventualidade do contraditório”, pois, apenas se o réu oferecer oposição haverá o contraditório (*apud* CARREIRA ALVIM, José Eduardo, 2005. p.28-30).

²⁷ CALAMANDREI, Piero, 1953. p.25.

²⁸ Diante da possível amplitude da oposição do devedor, Tomé Garcia assinala que o processo monitório adotado na Espanha também poderia ser qualificado como de natureza mista. (TOMÉ GARCIA, José Antonio. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, In: **RDPro** - dirigida a Iberoamérica n. 2. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2000. p.445).

²⁹ Existe, nesse sentido, uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho na qual se estabelecem medidas de luta contra a morosidade nas transações comerciais; trata-se da Diretiva 2000/35, de 29 de junho, onde se encontra disposto que “o procedimento de cobrança das dívidas não impugnadas se conclua em breve prazo de conformidade com a legislação nacional”.

5.1 Subjetivos

Os subjetivos, ou seja, os requisitos envolvendo as pessoas que formam o processo monitório são a competência e a legitimidade.

Quanto à competência, o legislador espanhol foi expresso:

"Será exclusivamente competente para el proceso monitorio el Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor o, si no fueron conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal, salvo que se trate de la reclamación de deuda a que se refiere el número 2º del apartado 2 del artículo 812, en cuyo caso será también competente el tribunal del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante" (art. 813 LEC).³⁰

Esse artigo contempla, portanto, duas disposições diferentes: a primeira se refere à competência objetiva (aquele atribuída ao Juiz de Primeira Instância); e, a segunda, a competência territorial, ao excepcionar os casos referidos no número 2º do apartado 2 do artigo 812.

Do ponto de vista da legitimidade³¹ ad causam e da capacidade, ao processo monitório aplicam-se as regras gerais estabelecidas

³⁰ A lei brasileira que introduziu o processo monitório (Lei n. 9.079/1995, de 14 de julho) não se preocupou com esse particular, porém a exemplo do ordenamento espanhol prevalece o critério do foro do domicílio ou residência do devedor. Considerando, é claro, o foro de eleição e o lugar de pagamento, sempre que tais previsões constem do documento ou contrato.

³¹ Chama atenção, ainda, a não menção do termo "legitimidade", talvez influenciado pela redação do diploma anterior (LEC de 1881, que em nenhum momento mencionou a expressão "legitimidade"), haja vista que a LEC 1/2000, ao tratar da legitimidade individual no art. 10, chama de "*Condición de parte procesal legítima*", ao estabelecer que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". Vindo a mencionar o termo "legitimidade" somente ao tratar da legitimidade para a defesa dos direitos e interesses de consumidores e usuários, no artigo 11. Ao adotar um conceito moderno de legitimidade, muito corretamente a LEC, no art. 10, considera partes legítimas a quem comparece o atua como titulares da relação jurídica ou objeto litigioso, ainda que excepcionalmente a lei possa atribuir a legitimidade a pessoas distintas dos titulares do direito, a *substituição processual*, de acordo com a denominação de Chiovenda, ou a *legitimidade extraordinária*, como também é conhecida no Brasil, com previsão expressa no art. 6º, CPC. Com tristeza, esse conceito moderno não se faz sentir no ordenamento brasileiro, ao considerar a legitimidade, por inspiração de Liebman, uma das "condições da ação". Ou, no dizer da sistemática processual espanhola, à época da LEC de 1881, um dos *pressupostos processuais*, requisito necessário para que o autor possa obter uma resolução sobre o mérito. Assim é que, no direito positivo brasileiro, a legitimidade das partes, definida por Alfredo Buzaid como "a pertinência subjetiva da demanda", traduz em titularidade da relação jurídica deduzida, pelo demandante, no processo. Desta maneira, o autor está legitimado a atuar em

na Lei, tendo-se em conta todas as variáveis aplicáveis ao caso.³² Assim, conforme as regras gerais, a legitimação ativa corresponderá ao credor e a passiva ao devedor.

O artigo 1.144 do Código Civil espanhol estabelece que “el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”. Tratando-se, portanto, de obrigação solidária passiva, o autor poderá apresentar o pedido em face de qualquer dos coobrigados (correspondente às disposições do artigo 275, do CC brasileiro).³³ De outra parte, se a solidariedade é ativa, qualquer dos credores estará legitimado extraordinariamente a postular em juízo, isolado ou em litisconsórcio.

5.2 Objetivos

Como processo especial, o monitorio, distingue dois requisitos objetivos: a existência de uma dívida e a documentação da dívida existente.

Quanto à existência de uma dívida em dinheiro, a LEC estabelece uma quantidade determinada: a dívida cujo pagamento que se pretende não pode exceder de 30.000 euros.³⁴

relação ao objeto da demanda quando é titular da relação jurídica, motivo pelo que se fala em *legitimación ordinaria*, na hipótese. Está, desta feita, o direito processual brasileiro separado da interpretação doutrinária moderna e atualizada com respeito ao fenômeno da “legitimação ativa”, por reduzir a apreciação positiva no processo em função de simples afirmação da própria titularidade da situação jurídica deduzida no tribunal.

³² Recorda Hinojosa Segovia, como regra particular, o caso em que se reclamam dívidas de comunidades de proprietários, o artigo 21.1 L.P.H., conforme a nova redação dada pela disposição final primeira 2 da LEC, “dispone que la reclamación podrá instarse por el presidente o el administrador, si así lo acordar la junta de propietarios, y el artículo 21.4 L.P.H., que cuando el propietario anterior de la vivienda o local deba responder solidariamente del pago de la deuda, podrá dirigirse contra él la petición inicial, sin perjuicio de su derecho a repetir contra cualquiera de los obligados o contra todos ellos conjuntamente” (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, In: RDPro, dirigida a Iberoamérica n. 1-3. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2001. p.312).

³³ Art. 275 CC brasileiro: “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”.

³⁴ A redação original era de cinco milhões de pesetas, porém com a implantação da moeda europeia, o Governo converteu a dita moeda. A quantia assinalada poderá ser atualizada a cada cinco anos pelo Governo, mediante decreto real. A LEC, ao tratar do processo monitorio, silencia sobre a dívida em moeda estrangeira,

Com suporte no art. 812 LEC, poderá acudir ao processo monitório quem pretenda de outro o pagamento de uma dívida em dinheiro, vencida,³⁵ exigível³⁶ e de quantidade determinada.³⁷

Registre-se, mais uma vez, que o processo monitório brasileiro, por inspiração italiana, admite tanto o pagamento de uma dívida em dinheiro, sem limitação da quantia da dívida, como a entrega de coisa fungível (coisa incerta)³⁸ ou de determinável bem móvel (coisa certa).³⁹

porém há previsão no art. 520. 1.2º, que se refere à ação executiva baseada em títulos não judiciais nem arbitrais, que a nosso entender poderá ser aplicável, de forma similar, aos processos monitórios, ou seja, se se refere a dívida em moeda estrangeira convertível. Para explicar a limitação da quantia da dívida, a nosso sentir, de maneira descabida e tímida, a própria Exposición de Motivos XIX esclarece que considerou mais prudente estabelecer um valor considerável razoável: "la Ley no desconoce la realidad de las regulaciones de otros países, en las que este cauce singular no está limitado por razón de la cuantía. Pero se ha considerado más prudente, al introducir este instrumento de tutela jurisdiccional en nuestro sistema procesal civil, limitar la cuantía a una cifra razonable, que permite la tramitación de reclamaciones dinerarias no excesivamente elevadas, aunque superiores al límite cuantitativo establecido para el juicio verbal". A limitação de quantia não é praticada no Brasil, como dito anteriormente, nem nos países europeus tradicionais como Alemanha, Itália e França. Correa Delcasso é favorável a não estabelecer limites para acudir ao processo monitório, mencionando de maneira apropriada a opinião de Montes Penades (*El proceso monitorio, Litigation Newsletter*, dezembro de 2000, n. 4, página web de Cuatrecasas Abogados): "la entrada en vigor de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y de Consejo de 29 de junio de 2000 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, obliga a la supresión de este tope máximo." (CORREA DELCASSO, Juan Pablo. **El proceso monitorio.** 5.ed. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1998. p.401).

³⁵ A dívida deve estar vencida. Assevera Robles Garzón, J. (*Op.cit.*, p.730): "Ficam excluídas do objeto deste processo as dívidas de futuro por sua própria natureza de não vencidas, nem sequer no suposto de que o prazo vencerá dentro do período de tempo concedido ao devedor para que este se oponha (20 dias)".

³⁶ Robles Garzón, J. (*Op.cit.*, p.730): A dívida tem que ser exigível, não poderão ser objeto deste processo os créditos submetidos a condição suspensiva ou créditos submetidos a termo.

³⁷ Robles Garzón, J. (*Op.cit.*, p.730): O valor máximo do processo (30.000 euros) computa-se no momento da petição e com base no efetivamente devido. A obrigação que excede dessa quantidade não pode ser tramitada por processo monitório, salvo se o credor renuncie ao excesso. Esta renúncia deve ser expressa e é irrenunciável.

³⁸ Na lição de Vénosa, "A obrigação de doar coisa incerta tem por objeto a entrega de uma quantidade de certo gênero e não uma coisa especificada". Assim, a incerteza não significa uma indeterminação, mas uma determinação genericamente feita pelo gênero e quantidade. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.95-6).

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003 p.81. "Certa será a coisa determinada, perfeitamente caracterizada e individualizada". Há previsão sobre a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa com ou sem culpa do devedor (art. 234-6 do

De outro lado, temos a Documentação da dívida. A dívida deve estar suportada por um princípio de prova escrita, é dizer, sem necessidade de formalismos (“qualquer que seja sua forma e classe ou o suporte físico em que se encontrem.” Art. 812, apartado 1, LEC). A Lei, portanto, ajuda a esclarecer: o art. 812 LEC, ademais, relaciona, como um *numerus apertus*, não como *numerus clausus*, os documentos que podem constituir um princípio de prova⁴⁰ do direito do credor.⁴¹ A normativa brasileira, por sua vez, dita que o processo monitório pode ser utilizado por quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo (art. 1.102-A, CPC), contudo, a lei não conceitua “prova escrita”, cabendo à doutrina e à jurisprudência a determinação de quais são as provas escritas aptas a instruir o processo monitório.⁴² Adotando-se, em todo caso, como já indicado anteriormente, o denominado *processo monitório documental*, nos dois ordenamentos jurídicos.

Código Civil brasileiro), correspondente ao art. 1.147, CC español: “Si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida. Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente”.

⁴⁰ Documentos em que conste alguma intervenção do devedor (ar. 812, 1, 1^a.) e documentos unilateralmente criados pelo credor (art. 812, 1, 2^a.). Para Hinojosa Segovia, princípio de prova “significa que el tribunal deberá valorar tan sólo su *verosimilitud*, sin que, en ningún caso, le sea exigible al demandante-acrededor acreditar la certeza de la deuda” (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, In: RDPro, dirigida a Iberoamérica n. 1-3. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2001. p 320). Assim, o juiz, depois de examinar os fundamentos da petição inicial, os documentos exibidos e a probabilidade da existência da dívida, admitirá a ação.

⁴¹ Como sabemos “as provas se praticam a cargo da parte (art. 282 LEC), e a distribuição do encargo de prova não escapa à regra geral. Assim, compete ao autor a comprovação do fato constitutivo de seu direito. Sobre o tema, estabelece o artigo 217.2 LEC: “Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

⁴² Marcato, só para exemplificar, apresenta uma série de provas documentais a instruir a petição inicial “os títulos de crédito fulminados de prescrição, independentemente da demonstração da origem da dívida, o documento firmado pelo devedor, sem testemunhas, confissões de dívidas carentes de testemunhas instrumentais, acordos e transações não homologadas, as cartas ou notas de que se possa inferir confissões de dívida e, de maneira geral, documentos desprovidos de duas testemunhas (contrato de abertura de crédito) ou títulos de crédito a que falte algum requisito exigido pela lei, a duplicata sem aceite, sem protesto e sem o comprovante da entrega da mercadoria, a carta confirmativa da aprovação do valor da previsão de custo e a execução de serviço etc.” (MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.299).

O legislador espanhol considerou como prova da dívida qualquer tipo de documento, independentemente de sua forma,⁴³ classe ou suporte físico em que se encontrem, e que estejam firmados pelo devedor ou com seu selo, estampagem ou marca ou com qualquer outro sinal, física ou eletrônica, proveniente do devedor, nos termos do artigo 812.1 LEC.

Na jurisprudência dos tribunais brasileiros, contudo, há decisões que admitem, de forma excepcional, que o documento de base do processo monitório não seja firmado pelo devedor, desde que seu conteúdo revele a identidade do devedor e verossímil a obrigação com base nas regras de experiência, entre elas, os costumes e práticas comerciais.⁴⁴

O legislador espanhol assinala ainda, como documentos que podem servir de base para a prova, as faturas, notas de entrega, certificados, telegramas, telex, como também qualquer documento que, ainda unilateralmente criados pelo credor, habitualmente documentem os créditos e dívidas existentes entre credor e devedor (art. 812, 1.2^a. LEC). Também poder-se-á utilizar do processo monitório sempre que junto ao documento no qual se contenha a dívida, se aporte outro documento “comercial”, através do qual se possa demonstrar ou acreditar que a relação comercial entre os sujeitos é anterior ao crédito e perdura no tempo.⁴⁵

⁴³ Segundo toma nota Hinojosa Segovia: “En cuanto a la forma de presentación de los documentos, como generalmente tendrán el carácter de privados, ‘se presentarán en original o mediante copia autenticada por el notario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados’, conforme o art. 268.1 L.E.C. ‘Si la parte solo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con este no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes’, artículo 268.2 L.E.C.” (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, In: RDPro, dirigida a Iberoamérica n. 1-3. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2001. p.319).

⁴⁴ Carneiro cita uma decisão do TJSC, 3^a. Câmara Cível, AC 97.012128-8, j. 30.06.1998, JC 81-82/126: “Não há necessidade de que o documento embassador da ação monitória seja emanado do devedor, tampouco seja por ele subscrito. O que a lei exige é que nele seja plausível a existência de um direito ao pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”. (CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2006. p.272-3).

⁴⁵ Robles Garzon, J., *Op.cit.*, p.731-732. É o que estabelece o art.812. 2: “Sin prejuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudirse al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes: 1º. Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acreditan una relación anterior duradera”. Ao apresentar estudo sobre as reformas que teriam de ser efetuadas no artigo 812 LEC, Correa Delcasso

Ao autor é atribuída a carga de provar os fatos em que se baseia para pedir a criação de um título executivo rápido.⁴⁶ Podendo, até mesmo, e para tanto, o credor, antes de promover o processo monitório, preparar dito processo mediante a solicitação de alguma diligência preliminar (artigos 256 e ss. LEC).

Devemos ressaltar que nem todo documento é suscetível de servir de pressuposto para a criação do título executivo, porém são perfeitamente utilizáveis os documentos eletrônicos.⁴⁷ Ainda que

assinala que essa disposição "penaliza indiretamente o uso do processo monitório por parte de grandes empresas que são as que, habitualmente, teriam este tipo de 'relações anteriores duradouras'... portanto, não lhes bastará unicamente aportar a este processo com a correspondente fatura não paga (como a qualquer outro credor) sem o que, pelo contrato: a) ou deverão renunciar a acudir às causas do processo monitório por carecer deste outro documento que lhes exige o ap.2º da disposição que estamos comentando agora (hipótese não improvável, na medida em que muitas relações de abastecimento nascem de um simples contrato verbal); b) ou deverão aportar adicionalmente este outro princípio de prova documental, pois o uso deste processo resultará mais gravoso a elas do que, por exemplo, a um pequeno comerciante, que tão somente necessitará para poder acudir ao processo monitório de uma simples fatura não paga, em princípio unilateralmente criada por ele e nascida de uma obrigação causal ou subjacente, suscetível de ser muito mais controvérsia". E, para concluir que "bem poder-se-ia estudar uma simplificação do trâmite da elaboração da certificação". (DELCASSO. Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del proceso monitorio, *In Diario La Ley*. Ano XXIII. n. 5581, jul 2002).

⁴⁶ Sendo assim, prevalece a regra geral do encargo da prova, compete ao autor a comprovação do fato constitutivo de seu direito.

⁴⁷ A Lei espanhola n. 59/2003, de 19 de dezembro, que regula a assinatura eletrônica, sua eficácia jurídica e a prestação de serviços de certificação, em seu art. 3, apartado 5, define "documento eletrônico": "Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente.". Os documentos eletrônicos, por disposição expressa são admissíveis como prova documental em juízo (art. 3, apartado 8). Ademais, esclarece a Lei: "6. El documento electrónico será soporte de: a. Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso. b. Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica. c. documentos privados. 7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable." A LEC/2000, no art. 319, regula a *força probatória dos documentos públicos*. Segundo o apartado 1. "Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella" (arts. 1.218 do CC (eficácia probatória dos documentos públicos) e 752.2 da LEC (livre valoração em

no ordenamento jurídico espanhol, pois no Brasil, a utilização do documento eletrônico no processo monitório está longe de encontrar aceitabilidade.⁴⁸

6 Procedimento

O procedimento monitório, tanto em Espanha como no Brasil, é simples. Nesta passagem, apresentaremos a sequência de atos que compõem esse procedimento.

6.1 Petição inicial

O procedimento começa com uma petição inicial escrita. Na Espanha, a petição inicial poderá estender-se em impresso ou formulário informático, segundo o art. 814 LEC.⁴⁹ Devendo observar um conteúdo mínimo: nome e domicílio do credor⁵⁰ e do devedor ou o lugar em que residirem ou possam ser encontrados; origem da dívida; e, a quantia da dívida.

Além disso, a petição deve vir acompanhada do documento ou documentos a que se refere o art. 812, ou seja, a petição deve estar acompanhada com documento(s) que permita(m) concluir a existência da dívida.

Fato interessante é a adoção do *jus postulandi*, ou seja, não se faz necessário se valer de advogado nem procurador para a apresentação da petição inicial (art. 814.2 LEC).⁵¹ Esse permissivo legal é contestado por alguns doutrinadores, principalmente por advogados, baseado no fato de que, inclusive, o preenchimento dos espa-

processos não dispositivos). Por sua vez, o art. 326, regula a *força probatória dos documentos privados*. Segundo o apartado 1. “Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen” (Véanse arts. 1.225 y 1.227 a 1.230 del CC (valor de los documentos privados, y 752.2 de la LEC (libre valoración en procesos no dispositivos).

⁴⁸ A doutrina e a jurisprudência tecem poucas linhas sobre o tema. Porém, há um projeto de lei em tramitação no Senado Federal (n. 4.906-A/2001, anterior Projeto de Lei 672/1999 – apensados aos anteriores 1.483/99 y 1.589/99), que trata do valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital e das transações do comércio eletrônico.

⁴⁹ Os impressos ou formulários estão disponíveis nos Julgados, como ocorre nos juízos verbais em que se reclame uma quantia que não excede a 900 euros (art. 437.2 LEC). Podem, também, ser adquiridos nas tabacarias.

⁵⁰ Provavelmente, trata-se de um esquecimento do legislador, porém o art. 814 não se refere à “identidade do credor”. Como em toda demanda tem-se de identificar os sujeitos do processo – credor e devedor deverão ser identificados.

⁵¹ O legislador espanhol aderiu ao que sucede na maioria dos países europeus onde funciona o processo monitório: Holanda, França, Áustria e Alemanha. Na Itália e Brasil é necessária a intervenção do advogado.

ços em branco do formulário é tarefa técnica, requerendo, portanto, habilidade de um profissional, para evitar determinadas consequências negativas desfavoráveis ao próprio credor.

No Brasil, a petição deve conter os requisitos próprios, discriminados nos artigos 282 e 283 CPC.⁵² Não há discriminação, portanto, de qualquer outra demanda, os requisitos intrínsecos e extrínsecos são os mesmos. E, ainda, deve a petição inicial vir acompanhada da prova escrita, sem eficácia executiva.

6.1.1 Inadmissão da petição inicial

Se o juiz considera que não foi observado algum dos pressupostos processuais gerais ou especiais ditará o auto⁵³ de inadmissão. No Brasil, observam-se também as chamadas condições da ação, que poderão levar à extinção do processo sem julgamento de mérito.

De igual modo, deve haver a inadmissão da petição, quando o juiz não se convence da eficácia ou da idoneidade da prova documental apresentada.

Em qualquer hipótese, o juiz, ao se pronunciar sobre o cabimento do processo monitório, realiza cognição, ainda que sumária, decidindo sobre a possibilidade dos documentos apresentados constituírem prova inicial da obrigação.⁵⁴

Esse auto, por ser de caráter definitivo, será recorrível, a teor do art. 455, 1º, da LEC: “1. Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables en el plazo de cinco días”. No Brasil, de igual modo, o indeferimento da petição inicial também desafia recurso de apelação (art. 513, CPC).

⁵² Segundo o art. 282 CPC, a petição inicial indicará (requisitos intrínsecos): “I – o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II – os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV – o pedido, com suas especificações; V – o valor da causa; VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII – o requerimento para a citação do réu”. Ademais, deve estar acompanhada dos documentos da instrução (requisitos extrínsecos): “Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

⁵³ *Autos*, segundo a LEC 1/2000 (art. 206, 2, 2^a.), é a classe de resolução judicial a ser utilizada quando se decidam recursos contra as *providências*, quando se resolva sobre a admissão ou inadmissão de demanda, reconvenção ou acumulação de ações, sobre pressupostos processuais, admissão e inadmissão de prova, dentre outros.

⁵⁴ A doutrina brasileira admite a possibilidade de adaptação ao processo declarativo, assim o juiz poderá intimar o autor para que ocorram as adaptações necessárias, evitando-se assim a inadmissão da petição.

6.1.2 Admissão da petição inicial

O juiz de primeira instância do domicílio do devedor, ao receber a demanda, procederá ao exame de seus requisitos e decidirá sobre sua admissibilidade. Inicialmente, verificará se concorrem os pressupostos processuais gerais (a jurisdição, a competência objetiva e territorial,⁵⁵ bem como os pressupostos processuais específicos do processo monitório (os documentos, a regularidade formal dos documentos e a legitimidade ativa do demandante).

Se o juiz considera que foram cumpridos todos estes pressupostos, admitirá a demanda por meio de providência⁵⁶ (art. 815.1. LEC).⁵⁷ E, no mesmo ato, ordenará ao devedor para que este, no prazo de 20 (vinte) dias pague ao credor ou se oponha ao crédito exigido.

⁵⁵ O Brasil, inspirado por Enrico Túlio Liebman, o criador da Teoria eclética da ação, adota as condições da ação como requisitos da existência do direito de atuar. Assim, segundo o Código de Processo Civil brasileiro, o processo será extinto, sem a resolução de mérito, quando não concorra qualquer das condições da ação: *a possibilidade jurídica, a legitimação de partes e o interesse processual*, é o que diz o inciso VI, do art. 267, do referido diploma legal. Entretanto, Liebamn, em edição atualizada do *Manuale di diritto processuale civile*, não mais enumera a “possibilidade jurídica do pedido” como uma condição da ação. Registre-se, por oportuno, que prevalece na doutrina brasileira, não obstante as posições divergentes, a teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser verificadas em abstrato, presumindo-se que aquilo que constar na petição inicial é verdadeiro. O que restar provado depois, durante o processo e na instrução, é matéria de mérito. O juiz ao reconhecer que faltam uma ou mais condições da ação, declarará que a parte é carecedora da ação, extinguindo o processo, sem dizer sobre o mérito. Sem olvidar, tampouco, dos pressupostos processuais de existência e de desenvolvimento, os requisitos de regularidade do processo. Assim, o juiz brasileiro examinará, em primeiro lugar, se foram cumpridos os pressupostos processuais; em seguida, as condições da ação. Em caso negativo, haverá a extinção do processo sem resolução de mérito.

⁵⁶ Como assegurado, o procedimento é simples, tanto é assim que o juiz despacha a admissão da petição por *providencia*, a mais simples das classes de resoluções judiciais do direito processual espanhol (LEC, art. 206, 2, 1^a): “Se dictará providencia cuando la resolución no se limite a la aplicación de normas de impulso procesal, sino que se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, bien por establecerlo la ley, bien por derivarse de ellas cargas o por afectar a derechos procesales de las partes, siempre que en tales casos no se exija expresamente la forma de auto”). Para Tomé García (TOMÉ GARCIA, José Antonio. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, In: RDPro - dirigida a Iberoamérica n. 2. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2000. p.461), deveria ser um auto, ao evocar Serra Domínguez: “debe ser un auto, precisamente, porque exige un juicio del Tribunal aunque sea un juicio sumario”. Posição a que aderimos, por considerar mais consentânea com a técnica processual adotada pela LEC.

⁵⁷ Assinala a lei (Art. 815. 1. LEC): “Si los documentos aportados con la petición fueran los previstos en el apartado segundo del artículo 812 o constituyeren, a juicio del

No processo monitório brasileiro, o juiz, ao verificar que os requisitos específicos e as condições da ação foram atendidos, determinará, *inaudita altera parte*, a expedição de um mandado inicial (o requerimento de pagamento, assim determina os artigos 1.102-b y 1.102-c CPC), contendo a ordem de pagamento de uma quantia em dinheiro ou de entrega de uma quantidade de coisas fungíveis, ou de coisa móvel determinada, no prazo de 15 (quinze) dias.

O mandado inicial (ou de injunção) é uma decisão interlocutória (art. 162, § 2º CPC), porém não permite o ataque por via recursal; resta assegurado ao demandado o direito de oposição, neste caso, por meio de embargos, de natureza declarativa.

Para Carneiro,⁵⁸ essa decisão preliminar é uma *tutela antecipada*, afinal antecipa, por meio de um exame sumário de mérito, os efeitos do provimento final. Porém, o próprio autor admite, corretamente, “não se pode assegurar tratar-se de tutela antecipada de evidência”, pois não encontramos algumas das características da tutela antecipada consagradas no art. 273 do CPC brasileiro.⁵⁹

6.2 Requerimento de pagamento

Assim, de acordo com o sistema processual espanhol, se o tribunal admite a petição inicial, ordenará praticar o requerimento ao devedor, com o seguinte conteúdo:⁶⁰

a) pagar ao peticionario no prazo de vinte dias, efetuando depósito perante o tribunal;

b) ou, comparecer perante este e alegar de forma sucinta, na peça de oposição, as razões pelas quais, a seu entender, não deve, em todo ou em parte, a quantidade reclamada.

c) a comprensão de que, se não paga nem comparece alegando razões da negativa ao pagamento, em Espanha, se despatchará contra a execução, e, no Brasil, o mandado inicial se converte, de imediato, em mandado executivo.

se exponga en aquélla, se requerirá mediante providencia al deudor para que, en el plazo de veinte días, pague al peticionario, acreditándolo ante el tribunal, las razones por las que, a su entender, n debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada”.

⁵⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, 2006. p.288-9.

⁵⁹ Segundo o CPC brasileiro constituem requisitos da tutela antecipada (art. 273): a) o requerimento da parte; b) a produção de prova inequívoca dos fatos da inicial; c) o convencimento do juiz da probabilidade da alegação do peticionario; d) receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do devedor; e f) possibilidade de reverter a medida antecipada concedida.

⁶⁰ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El juicio monitorio, In: **Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Director). Valencia: Tirat lo Blanch, 2001. p.486-7.

O requerimento dar-se-á na forma prevista no art. 161 da LEC: “La entrega al destinatario de la comunicación de la copia de la resolución o de la cédula se efectuará en la sede del tribunal o en el domicilio de la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada”.

O art. 1.102-b CPC, por sua vez, não faz expressa menção à citação do devedor, porém ela deve ocorrer como em qualquer outro processo contencioso (art. 22 CPC), ou seja, por via postal ou pessoalmente. A doutrina e a jurisprudência, ainda estão divididas sobre a possibilidade de citação editalícia, prevalecendo, todavia, a corrente que entende pela impossibilidade.⁶¹

6.3 Condutas do devedor

O devedor pode adotar uma destas condutas: pagar no prazo assinalado,⁶² não comparecer, comparecer e opor-se ao pagamento.

Se optar pela primeira opção (pagar), o processo termina. Sobre este efeito, assinala a lei: “Si el deudor atendiere el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, se le hará entrega de justificante de pago y se archivarán las actuaciones”. (LEC, artículo 817).

Nada diz a LEC a propósito da condenação em custas.⁶³ Porém, já que nesta fase do processo monitório a presença de advogado e

⁶¹ Pela inadmissão: I. “Ação Monitória. Citação por edital. Precedente de Corte. 1. A ação monitória é um remédio processual que substitui, de fato, a ação de cobrança, evitando o processo de conhecimento. O art. 1.102-b do Código de Processo Civil não fala em mandado de citação, mas, sim, em mandado de pagamento ou entrega da coisa no prazo de quinze dias. O que a regra jurídica deseja é que o réu, devedor, receba diretamente o mandado de pagamento. Ora, se tal não ocorre, se o réu não é encontrado, a ação monitória perde substância, não valendo, no caso, a citação ficta exatamente por esse particular aspecto...” (STJ, 2^a. Seção. 10.5.2000, REsp.nº 173591/MS); II. “Por constituir a ação monitória espécie de procedimento que propicia a formação de um título executivo judicial, não comporta a modalidade de citação ficta ou editalícia, pois os embargos através dos quais se defende o devedor têm natureza declaratória ou constitutiva negativa, sendo mister a efetiva manifestação de vontade do demandado, o que ultrapassa os limites dos poderes do curador especial” (TAMG, 3^a. Câmara Cível, 23.05.1997 – AI 229.148-1, Adv-Coad 98/349, n.º 82560). Em sentido contrário: “Ação Monitória. Citação por edital. É possível a citação por edital do réu em ação monitória; sendo ele revel, nomear-se-á curador especial para exercer a sua defesa através de embargos (art. 1.102 do CPC. Recurso conhecido e provido” (STJ, 4^a. Turma, 29.10.1998, REsp.nº 175090/MS).

⁶² O prazo para que o devedor pague ao petionário é de vinte (20) dias na Espanha (art. 815 LEC), e de quinze (15) dias, no Brasil (art. 1.102-b CPC).

⁶³ Segundo o art. 1.102-c, § 1º CPC brasileiro: “Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios”.

procurador não é obrigatória, cremos que, neste caso, não haverá custas a pagar.⁶⁴

A possibilidade de pagamento parcial tampouco foi contemplada pela LEC, porém se o devedor pagar parcialmente a quantia reclamada, a importância que restar será objeto de execução. Essa será a consequência processual, como leciona Hinojosa Segovia.⁶⁵

Por sua vez, o não comparecimento do devedor perante o tribunal, ou seja, não cumpre o mandado tampouco oferece oposição, provoca a edição de um auto, prosseguindo a execução pela quantia apontada (art. 816.1 LEC).⁶⁶

O referido auto que despacha a execução é um ato irreversível e produz efeito de coisa julgada.

No Brasil, com a alteração do art. 1.102-c, provocada pela Lei n. 11.232/2005, de 22 de dezembro, que transforma o “cumprimento de sentença” numa fase do processo de conhecimento, o requerimento de pagamento é convertido, de pleno direito, em mandado executivo, e, automaticamente, executa-se a obrigação.

Já, se o devedor comparece, cabem duas possibilidades: que não se oponha ou que se oponha.

Comparecer e não se opor é, em verdade, uma possibilidade hipotética, muito pouco provável, tanto que a LEC nada diz sobre ela. Neste caso, haverá de entender que a consequência deve ser a mesma para o caso de não comparecimento, como visto anteriormente.

Se o devedor decidir “dar razão”, isto é, formular oposição, haverá de cumprir, no ordenamento espanhol, aos requisitos estabelecidos nos art. 815.1 e 818.1 da LEC. Deve, segundo o art. 815.1, alegar “sucintamente, em escrito de oposição, as razões pelas quais, a seu entender, não deve, em todo ou em parte, a quantia reclamada”. Esse escrito de oposição deverá vir firmado por advogado e procurador, se tal processo que se inicia é de valor superior a 900 euros (art. 23, LEC).

⁶⁴ Sobre este efeito, Robles Garzón, J. afirma que haverá condenação em custas ao devedor, “conforme o princípio do vencimento estabelecido no artigo 394 da LEC”. Neste particular, não podemos concordar com as impressões do autor. O processo monitorio, como afirmado anteriormente, é um procedimento especial destinado a outorgar proteção rápida e eficaz ao crédito em dinheiro, misto de procedimento declarativo e executivo. Com regras próprias, entre elas, a exceção de custas quando o devedor atender ao requerimento de pagamento.

⁶⁵ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. 2001.

⁶⁶ “Despachada ejecución, proseguirá ésta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos...”, diz o art. 816.2 da LEC, porém se o valor da execução for superior a 900 euros, se requererá a intervenção de advogado e procurador, é dizer, a postulação processual, conforme previsão legal (art. 539.1 LEC).

O processo monitório, a partir da oposição, transforma-se, como dito anteriormente, em processo de conhecimento. E, de acordo com a sistemática processual espanhola adotada, este desenvolver-se-á de acordo com a quantia reconhecida como devida, ou seja, se é superior ou não à quantia que separa o juízo verbal do juízo ordinário, qual seja, de 900 euros.

Se a reclamação, portanto, não excede a esse limite, o juiz, de ofício e imediatamente, convoca as partes e inicia-se o processo verbal.

Se, por outra, a quantia é superior a 900 euros, o trâmite que se segue é do processo declarativo ordinário, pelo qual se ordena que se conceda ao credor um prazo de um mês, contado da notificação da oposição do devedor, para formular contestação.

A oposição da demanda monitória, no ordenamento jurídico brasileiro, recebe a denominação de “embargos do devedor” ou, como de preferência de alguns, “embargos ao mandado”. Esses embargos são processados no próprio processo monitório, não sendo necessária prévia segurança do juízo para seu oferecimento.

A natureza jurídica dos embargos tem despertado inúmeras controvérsias por parte dos doutrinadores. Uma primeira corrente afirma que os embargos têm natureza de demanda autônoma, um novo processo ordinário, incidente ao processo monitório. São representantes desta corrente, conforme anotações de Câmara:⁶⁷ Marcato, *O processo monitório brasileiro*, p.94-5; Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, p.176-7; Greco Filho, *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*, p.53-4, entre outros. A segunda considera os embargos como resposta do demandado, uma contestação. Seus defensores: o próprio Feitas Câmara; Theodoro Júnior, *As inovações no Código de Processo Civil*, p.85; Carreira Alvim, *Procedimento monitório*, p.133-5 e outros. E, finalmente, aqueles que defendem ter os embargos a natureza de recurso (Lisboa, *A utilidade da ação monitória*, p.108-11).

Como assinalado anteriormente, acreditamos que a natureza jurídica do processo monitório é mista, um *tertium genus*, misto de processo de cognição e de execução. Assim, de forma a manter a coerência, aderimos à segunda corrente, afinal admitidos os embargos, estes serão processados pelo procedimento ordinário, no mesmo processo, convertendo-se o processo monitório em ordinário (Art. 1.102-c CPC).

⁶⁷ CÂMARA. Alexandre Freitas, 2005. p.551.

7 O processo ordinário subsequente à oposição do devedor, segundo a LEC. Os embargos, no CPC

A tramitação do processo ordinário subsequente à oposição do devedor deve seguir as disposições previstas na LEC, conforme a quantia excede ou não 900 euros. Se a quantia não é superior a este valor adota-se o juízo verbal e “o tribunal procederá de imediato a convocar a vista” das partes (art. 818.2 LEC).

Desta feita, o art. 818 contempla uma norma implícita de competência funcional, ou seja, o mesmo órgão jurisdicional perante o qual há tramitado o processo monitório é competente para conhecer o novo processo ordinário, no caso de juízo verbal.⁶⁸

Se a quantia exceder a 900 euros, como temos dito, o credor deverá apresentar demanda (nos termos do art. 399 LEC), com os documentos e cópias, dentro do prazo de um mês, desde o traslado da peça de oposição.

Apresentada a demanda, dar-se-á vista ao demandado, para que conteste no prazo de vinte dias, conforme previsto nos art. 404 e seguintes da LEC. Em caso contrário, se o credor não apresenta a demanda no prazo assinalado (30 dias), suspendem-se as atuações, condenando-o nas custas processuais, inclusive em relação aos gastos de advogado e procurador (art. 812.2), por médio de um auto.

No ordenamento jurídico brasileiro, os embargos opostos pelo devedor serão processados, de igual forma, por um procedimento ordinário.

Aqui, também, o credor poderá adotar três possíveis condutas:
a) impugnar os embargos;
b) permanecer inerte; ou
c) desistir do processo monitório.

Se resolver impugnar os embargos do devedor, deve apresentar provas ou não, conforme o caso. Em seguida, o devedor será convocado para uma audiência de tentativa de conciliação (art. 331 CPC). Obtida a conciliação, haverá a automática conversão do mandado monitório em título executivo. Por outra, resultando negativa, inicia-se a fase instrutória, culminando na sentença.

Permanecendo inerte, deve o juiz passar ao imediato julgamento da demanda, considerando o(s) documento(s) apresentado(s) pelo autor.

⁶⁸ Segundo o art. 437, “el juicio verbal principiará mediante demanda sucinta...”, assim, por uma questão de instrumentalidade do processo, a petição inicial do monitório faz as vezes da demanda sucinta do juízo verbal. Ao prescindir-se da demanda, o demandante deverá apresentar no ato da vista tanto os documentos processuais como os relativos ao mérito (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. 2001. p.335).

A omissão do embargado é considerada como admissão tácita. Para alguns processualistas brasileiros, provoca os efeitos da chamada “*revelia*”, com todas suas consequências.⁶⁹ Na opinião de Greco Filho, *apud* Marcato,⁷⁰ a presunção emanada dos documentos apresentados pelo credor é menos forte do que a decorrente do título executivo, devendo, portanto, ser desfeita pela presunção provocada pela “*revelia*”. Devendo assim, no caso de não impugnação, ser considerado revel.

Conclusão

Nosso propósito, apresentado na introdução deste trabalho, constituía-se em produzir uma reflexão sobre os aspectos processuais relacionados ao processo monitório, a ação monitória no Brasil a partir de uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos espanhol e brasileiro.

Constatou-se, de início, que naquilo que se refere ao modelo monitório, os dois sistemas processuais possuem a mesma base legislativa inspiradora: o *procedimiento d’ingiuzione* italiano. E, no desenvolver da pesquisa, foi possível extrair uma série de peculiaridades inerentes ao modelo espanhol, que o torna especial e distinto do brasileiro, a saber:

- a) a possibilidade de utilização de impresso ou formulário informatizado;**
- b) para a apresentação da petição inicial ou do impresso ou formulário informatizado não é preciso valer-se de procurador ou advogado;**
- c) o objeto do processo monitório espanhol é uma dívida em dinheiro que não pode exceder a 30.000 euros;**
- d) o devedor é intimado para pagar ao peticionário no prazo de vinte dias;**
- e) a possibilidade de comunicação editalícia em casos de falta de pagamento de gastos de comunidade;**
- f) se o devedor formula oposição e a quantia é superior a 900 euros, o legislador ordena que se conceda ao credor um prazo de um mês para que apresente a demanda;**
- g) não há previsão legal sobre custas e gastos com advogado e procurador.**

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a chamada “ação monitória” (Capítulo XV, Livro IV, CPC), porém denominada por

⁶⁹ Art. 319, CPC: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.

⁷⁰ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.311.

quase todos os doutrinadores como “procedimento monitório”, pode ser utilizada por quem pretenda, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, uma ordem de pagamento de uma quantia em dinheiro, sem limitação de valor, ou de entrega de uma quantidade de coisas fungíveis, ou de coisa móvel determinada, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.102-a e 1.102-b, CPC). E, para tanto, deve apresentar uma petição inicial, firmada por advogado.

Se o devedor não apresenta oposição, o requerimento de pagamento converte-se, de pleno direito, em mandado executivo, e, automaticamente, executa-se a obrigação, conforme preceitua a nova redação dada ao art. 1.102-c, do CPC, pela Lei n. 11.232/2005, de 23 de dezembro, que transformou o processo executivo por título judicial em simples cumprimento de sentença (uma fase do processo ordinário).

Por sua vez, a oposição, na demanda monitória brasileira recebe a denominação de “embargos do devedor” ou, como chamado por alguns, “embargos ao mandado”. Esses embargos são processados no próprio processo monitório, não sendo necessária nova demanda por parte do credor ou prévia segurança do juízo para seu oferecimento.

Sobre as custas e gastos de advogado há uma previsão especial, que isenta o devedor quando este cumpre o requerimento de pagamento. Assim dispõe o art. 1.102-c, § 1º: “Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios”.

Nesse ponto, concluímos nosso estudo, esperando de alguma maneira haver contribuído com a discussão doutrinária sobre o tema, principalmente a partir da sistemática adotada, que buscou rasgos de comparação e distinção entre os ordenamentos jurídicos de Espanha e Brasil.

Referências

- BONET NAVARRO, José. et al. **Derecho Procesal Civil**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. **El procedimiento monitorio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. Traducción de Santiago Sentis Melendo.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. v. III.
- CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. IX. t. II.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Processo Monitório**. Curitiba: Juruá, 2005.
- _____. **Alterações do Código de Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

CASTRO, Aloísio Pires de. Dos embargos ao mandado monitório. Natureza e questões controvertidas, In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Janeiro/Dezembro de 2004.

COBO PLANA, Juan José. **Doctrina de los tribunales sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000**. 2.ed. Madrid: Dijusa Editorial, 2003..

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. **El proceso monitorio**. 5.ed. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1998.

_____. El proceso monitorio en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil In: **Presente y futuro del proceso civil** (dirigido por Pico i Junoy). Barcelona: Bosch, 1998.

_____. Sugerencias para una futura reforma de los artículos 812 a 818 LEC, reguladores del proceso monitorio, In: **Diário La Ley**. Año XXIII. n. 5581, jul 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública e o procedimento monitório, In: **Revista de Processo**. n. 124. jun. 2005, p.53-66.

DE LA OLIVA SANTOS, A. **El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 26 de diciembre de 1997, y la protección del crédito, en La protección del crédito en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil**. Pricewaterhouse Coopers.

DI ROSA, Giovanna. **Il procedimento d'ingiunzione**. Milano: Ipsoa, 2000.

EUGÊNIO, Paulo Eduardo Campagna. A certeza do crédito e a causa de pedir na ação monitória, In: **Re-**

vista de Processo. n.112. out.-dez. 2003.

FARES, Ali Taleb. Procedimento monitório: natureza jurídica e via para cobrança de cheque prescrito, In: **RT**, v. 825. jul. 2004, p.90-123.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1 e 2

GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, In: **RDPro**, dirigida a Iberoamérica n. 1-3. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2001.

HOFFMAN, Paulo. Monitória efetiva ou cobrança especial? In: **Revista de Processo**, n. 117. set./out. 2004.

LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. **El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitório em matéria de propriedad horizontal**. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

MAGRO SERVET, Vicente. Hacia un proceso monitorio comum europeo. In: **Diário La Ley**, Año XXIII, n. 5517, abr 2002.

MAIDAME, Márcio Manoel. Sentença de rejeição dos embargos à ação monitória e apelação: inviabilidade de concessão de efeito suspensivo, In: **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**. jul. 2004.

- MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. Considerações sobre a ação monitoria, In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. jan./dez. 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2006.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. **Derecho Procesal Civil**. 3.ed. Navarra: Aranzi, 2002.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El juicio monitorio, In: **Exposición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Director). Valencia: Tirat lo Blanch, 2001.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. **Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamientos Civil**. Coord. Juan Carlos Cabanas García. Madrid: Ed. Trivium, 2000.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.
- _____. **As reformas de 2005 do Código de Processo Civil - execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. O documento eletrônico como prova no procedimento monitorio, In: **Revista de Processo** 132. fev.2006, p.83-94.
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. Apreciação de alguns aspectos da "Revisão do processo civil – projecto. In: **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 55. Lisboa.1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.
- _____. **As inovações no Código de Processo Civil**, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- TOMÉ GARCIA, José Antonio. El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, In: **RDPro** - dirigida a Iberoamérica n. 2. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S. A., 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. v.3.

O *amicus curiae* no Recurso Extraordinário

Juliana Varella Barca de Miranda Porto
Advogada da Caixa no Distrito Federal
Pós-graduanda em Direito Processual - UNISUL

RESUMO

Diversas foram as modificações legislativas referentes ao cabimento do recurso extraordinário, dentre as quais a introdução do instituto da repercussão geral, que traduz a dimensão coletiva atingida pelo processo na verificação e manutenção da força normativa da Constituição. Devido a essa importância, que repercute na sociedade como um todo, surge como elemento imprescindível de legitimização da democracia representativa, ou melhor, participativa, a figura do *amicus curiae*, sendo razoável sua intervenção em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Controle difuso de constitucionalidade.

ABSTRACT

Among the several legislative changes, regarding the acceptance of the extraordinary appeal, there was the introduction of the general repercussion institute that shows the collective dimension reached by the process concerning the verification and the maintenance of the Constitution normative strength. Due to its importance, that reflects in the society as a whole, the *amicus curiae* arises as an essential part of the legitimacy of the representative/participatory democracy. The intervention of the *amicus curiae* is reasonable to achieve diffused control over constitutionality.

Key words: *Amicus curiae*. Extraordinary appeal. Constitution normative strength. Legitimacy of the representative/participatory democracy

Introdução

Não há qualquer dúvida de que a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de ser guardião da Constituição, conforme dispõe expressamente o artigo 102, *caput*, da referida Carta Política. Nesse sentido, é sua competência interpretar as normas consti-

tucionais, no sentido de manter incólume sua superioridade e força normativa.¹

Um dos instrumentos processuais utilizados para fins de garantir a manutenção da função do Supremo Tribunal Federal, no desempenho do controle difuso de constitucionalidade, tradicionalmente, é o Recurso Extraordinário.

O Recurso Extraordinário, segundo palavras de Didier Jr., é o instrumento no qual “a Corte suprema re julga decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal.”²

Portanto, percebe-se pela literalidade do que dispõe o artigo 103, inciso III, da Constituição de 1988,³ que o recurso extraordinário é um importante instrumento para fins de controle de constitucionalidade, na medida em que possibilita ao Supremo Tribunal Federal, além de corrigir a ofensa a dispositivos constitucionais, cuidar da uniformização do entendimento jurisprudencial em âmbito nacional quanto às interpretações de normas constitucionais.⁴

Para melhor efetividade desse instrumento, consentânea com as modificações legislativas no processo civil brasileiro nos últimos cinco anos, surgiu a exigência do requisito, para o cabimento do recurso extraordinário, chamado de repercussão geral, demonstrando que mencionado instrumento recursal passa a servir ao controle abstrato de constitucionalidade, afastando-se do tradicional vínculo com a via difusa.

A repercussão geral surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional número 45/2004, como hipótese a ser preenchida para cabimento do Recurso Extraordinário, caracterizando a natureza objetiva que passa a ser dado ao processo *inter partes*.

Nesse sentido, pertinente é a atuação do *amicus curiae* no recurso extraordinário, cuja previsão está implícita no regramento contido no artigo 543-A, §6º, do Código de Processo Civil,⁵ em semelhança do que era previsto, inicialmente, nos instrumentos de

¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade:** análise detida das leis 9868/99 e 9882/99. 2.ed. Salvador: Ius Podium, 2007. p.37.

² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3.ed.. Salvador: Ius Podium, 2007. p.260. v. 3.

³ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 17.05.2008.

⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. 2007, p.260.

⁵ BRASIL. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigos/quadro_cod.htm>. Acesso em 17.05.2008.

natureza objetiva, tais como ADIN, ADECON, ADPF, nos termos do artigo 482, parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil.

Acredita-se que, não somente na análise do cabimento do Recurso Extraordinário, no que tange à repercussão geral, a intervenção do *amicus curiae* é bem-vinda. É possível perceber sua legitimidade na análise de mérito do recurso, no que tange ao próprio controle da constitucionalidade da norma impugnada e considerada violadora, que, não obstante em via difusa, sua interpretação será feita de forma abstrata.

A título de esclarecimento, *amicus curiae*, segundo Bueno,⁶ tem seu conceito além da linguagem vernacular, no sentido de “amigo da Corte” ou “colaborador da Corte”; na verdade, é preciso dar-lhe uma interpretação abrangente no sentido de ser o legítimo representante dos interesses da sociedade civil ou de determinadas classes ou categorias que diretamente poderão ser atingidas pela decisão a ser prolatada pelo Estado-juiz, tendo como função:

Levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta em julgamento [...] municia-o com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima que, repito, de uma forma ou de outra atingirá interesses que não estão direta e pessoalmente colocados em juízo.⁷

Notória é a importância que o amigo da Corte possui, mormente no controle de constitucionalidade das normas, em face da sua intervenção ter reflexos no deslinde da questão, com repercussões na coletividade que representa. Segundo Santos:

O *amicus* traz o enriquecimento ao debate sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei ou ato normativo através do maior número de argumentos possíveis e necessários ao julgamento, sob ponto de vista das mais diversas categorias de profissionais, exercendo o controle de constitucionalidade, seguro e eficaz, com base no aperfeiçoamento do processo de constitucionalidade.⁸

⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro***. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷ BUENO, Cássio Scarpinella, 2006. p.52.

⁸ SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. ***Amicus curiae***: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7739>>. Acesso em: 03.03.2008.

No que se refere ao recurso extraordinário, no caso de sua objetivação, essa atuação não tem inferior relevância, tendo em vista os efeitos abrangentes, ou seja, além das partes envolvidas, cujas consequências somente demonstram a democratização do rito.

Este trabalho, então, é justamente para explicar a origem, importância do *amicus curiae* e sua intervenção no recurso extraordinário, como uma das formas de legitimação do Estado Democrático de Direito, através da previsão da participação popular, não sómente nos procedimentos de escolha dos seus representantes por meio do voto e do sufrágio universal, mas também nos processos de tomada de decisão na esfera do Poder Judiciário, por meio da representatividade. Isso porque, na linha dos estudos de Silva:

Ao instituir o debate em torno da democratização da jurisdição constitucional e do processo de abertura da sua hermenêutica, a Constituição Federal (promulgada a 5 de outubro de 1988) permitiu a evolução de práticas inovadoras como o *Amicus curiae*. Essa democratização deveria impedir a conversão da jurisdição constitucional em uma instância autoritária de poder.⁹

Portanto, o *amicus curiae* tem o importante papel de auxiliar o magistrado no difícil ofício de prestar a jurisdição, inovando na postura tradicional dos julgadores que, ao invés de isolados em seus gabinetes, decidem com o amadurecimento decorrente de discussões populares.

1 O *amicus curiae*

Balizada doutrina considera o *amicus curiae* como um auxiliar do juízo, isto é, nas palavras de Nery Jr.; Nery,¹⁰ “pessoa física ou jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão ou entidade, desde que tenha respeitabilidade para opinar sobre matéria”, cujo objetivo, segundo Didier; Sarno; Oliveira,¹¹ “é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judi-

⁹ SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Anotações sobre o “amicus curiae” e a democratização da jurisdição constitucional**. Teresina, ano 9, n. 598, 26.02.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/>>. Acesso em: 03.03.2008.

¹⁰ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: RT, 2001. p.1600.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: **Ações Constitucionais**. DIDIER JR, Fredie. (org.) Salvador: Jus podium, 2006. p.393. Nesse mesmo sentido: NERY Jr. Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: RT, 2001. p.1600.

ciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado”.

Silva, em estudo sobre o instituto, ao citar Binenbojm, afirma que:

Amicus curiae é o ‘amigo da Corte’, aquele que lhe presta informações sobre matéria de direito, objeto da controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de outra forma, escapar-lhe ao conhecimento.¹²

Razão pela qual é denominado Amigo da Corte, tendo como origem o direito anglo-saxão,¹³ com fins de “conferir um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade,”¹⁴ ao permitir “uma abertura de interpretação constitucional, no sentido conferido por Häberle.”¹⁵

Então, sua função está estreitamente relacionada com o conceito de opinião pública, entendida como:

A expressão de modos de pensar de determinados grupos sociais ou da sociedade como um todo (que pode ser delimitada em municípios, estados, regiões ou países) a respeito de assuntos de interesse comum em um dado momento.¹⁶

Sabe-se que o *amicus curiae* possui importante papel no contexto decisório, eis que traz ao julgador elementos que a experiência individual por si só não apresenta, o que nos remete novamente as idéias de que:

As opiniões a respeito de um tema mais complexo normalmente envolvem vários outros assuntos que são logicamente relacionados com ele. [...] É importante lembrar que existem temas para os quais é impossível ter uma visão imediata da direção da opinião pública, pois eles geram alternativas muito diversas de opinião que

¹² BINENBOJM *apud* SILVA, Luiz Fernando Martins da. 2008.

¹³ Conforme Bueno, há uma divergência na doutrina quanto à origem do *amicus curiae*, eis que alguns afirmam pela origem romana, outros pela origem anglo-saxônica (BUENO, Cassio Scarpinella. 2006. p.88).

¹⁴ SILVA, Luiz Fernando Martins da. 2008.

¹⁵ SILVA, Luiz Fernando Martins da. 2008.

¹⁶ FIGUEIREDO, Rubens; CERVELLINI, Silvia. **O que é opinião pública.** São Paulo: Brasiliense, 1996. p.24-5. Neste contexto, segundo os mencionados autores, a opinião pública pode ser a visão da minoria, que pode ser mais atuante que a maioria e não revelar o pensamento da maioria dos cidadãos; no entanto, não deixa de ser importante, eis que originária do debate público, através do processo de discussão coletiva, ainda que envolva grupos menores ou preocupações restritas (idem. p.23).

são difíceis de serem sistematizadas. [...] este tipo de situação em que qualquer decisão vai gerar reações negativas de pesos semelhantes colocando a autoridade responsável em situação delicada [...] uma decisão importante como essa, que coloca vidas em jogo, tem que ser subsidiada por informações válidas e seguras sobre o clima da opinião pública.¹⁷

Quanto à sua natureza jurídica, o *amicus curiae* é considerado como uma espécie de terceiro interessado, com peculiaridades a ele inerentes, que pode intervir no processo por iniciativa própria ou do julgador, com objetivo de trazer à discussão visões diversas da sociedade sobre as questões jurídicas trazidas a julgamento, influenciando, de maneira plural, o convencimento do magistrado, anteriormente tomado isoladamente, através de apenas experiências individuais.

Mello, ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirmou que:

A intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada solução do litígio.¹⁸

Ao citar Bianchi, Mello ainda fundamenta:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes e estratos sociais.¹⁹

Alguns estudiosos defendem que “não se pode equiparar a intervenção do *amicus curiae* com a intervenção de terceiro. [...] não obstante isso, costuma-se examinar a intervenção do *amicus curiae* como se fosse espécie de intervenção de terceiro.”²⁰

¹⁷ FIGUEIREDO, Rubens; CERVELLINI, Silvia, 1996. p.26.

¹⁸ STF, ADIN (MC) 2130-SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, DJU 02.02.2001.

¹⁹ STF, ADIN (MC) 2130-SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, DJU 02.02.2001.

²⁰ DIDIER JUNIOR, Freddie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. 2001. p.394.

Entretanto, seguindo o entendimento da maioria da doutrina processualista,²¹ Bueno afirma que o *amicus curiae* é um sujeito processual, tal como aqueles descritos no artigo 139 do Código de Processo Civil, isto é, partes e terceiros, sendo que sua natureza pode ser vinculada a este último;²² no entanto, aduz:

Ser terceiro, aqui, quer significar, apenas que o *amicus* não é parte. [...] há diversos “terceiros” que atuam no processo para as mais variadas finalidades, viabilizando que se preste, em qualquer caso, a mais adequada tutela jurisdicional, legitimada pela necessária cooperação entre o juiz e todos aqueles que, por títulos diversos, acabam se apresentando na relação jurídica processual.²³

Nesta linha de raciocínio, Silva afirma que:

O *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la os relevantes interesses sociais em conflito. A exposição de idéias é necessário tributo para as definições de um ordem jurídica justa.²⁴

Quanto à importância do *amicus curiae*, ainda segundo Bueno, este entende que ela está intimamente ligada com o atual pensamento jurídico que:

É conscientemente valorativo; é, conscientemente, aberto à captação dos valores dispersos da sociedade [...]; na atualidade o elemento ‘não jurídico’ é expressamente levado em conta pelo ‘cientista’ e pelo ‘aplicador’ do direito. Ele integra a própria ‘matéria-prima’ que o aplicador do direito tem que manusear para resolver os problemas jurídicos que lhe são dados para resolução, contextualizando-se adequadamente quando soluciona o caso concreto que lhe é apresentado.²⁵

²¹ Como exemplo, podemos citar Carlos Del Prá, que entende ser a intervenção do amigo da Corte caso especial de intervenção de terceiros. (DEL PRÁ, Carlos. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: **Aspectos Polêmicos sobre terceiros no processo civil e assuntos afins**. DIDIER JR Freddie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) São Paulo: RT, 2004, p.62). Pedro Lenza afirma que “parece razoável falarmos em uma modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros, inherente ao processo objetivo de controle de constitucionalidade ,com características próprias e muito bem definidas”(LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11.ed. São Paulo: Método. 2007. p.228.).

²² DIDIER JUNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. 2001. p.423.

²³ DIDIER JUNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. 2001. p.424.

²⁴ SILVA, Luiz Fernando Martins da. 2008.

²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. 2006. p.12.

Cunha Junior, em sua obra sobre controle de constitucionalidade,²⁶ afirma a difícil questão levantada por alguns juristas sobre a suposta ausência de legitimidade democrática dos juízes, eis que não eleitos por voto popular e consequentemente, surgiria a ausência de legitimidade para efetivar o controle judicial da constitucionalidade.

No entanto, posiciona-se pela defesa da justiça constitucional,²⁷ como requisito de legitimidade e credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos, afirmado para tanto que a democratização da justiça constitucional significa democratização da interpretação constitucional, eis que:

O processo judicial que se instaura para o exercício da jurisdição constitucional torna-se instrumento de participação política e exercício permanente de cidadania.[...] O processo constitucional, por conseguinte, torna-se parte do direito de participação democrática, onde todas as potências políticas, todos os cidadãos e grupos, participantes materiais do processo social, estão envolvidos, de tal modo que a interpretação constitucional é, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador dessa mesma sociedade.²⁸

De igual forma, Mendes, como Ministro do Supremo Tribunal Federal, já se manifestou da seguinte forma:

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Em consonância com esse modelo ora proposto, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às 'intervenções de eventuais interessados', assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição [...]. Ao ter acesso a essa

²⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. 2007. p.41.

²⁷ Justiça constitucional ou jurisdição constitucional significa, segundo Canotilho, "Consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade. Como qualquer jurisdição, trata-se de obter a 'medida do recto e do justo' de acordo com uma norma jurídica. Só que no nosso caso, essa norma é a Constituição, considerada como norma fundamental do Estado e da comunidade." (CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 4.ed., 2000. p.904).

²⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. 2007. p.48.

pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos ‘amigos da Corte’. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. [...] Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.²⁹

Neste mesmo sentido, Häberle afirma que “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para interpretação constitucional.”³⁰ Afirma que:

A estrita correspondência entre a vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo do intérpretes em sentido amplo compõe essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional).³¹

Alguns estudiosos, ao analisar o pensamento de Häberle e sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, afirmam que o jurista alemão propõe uma democratização da hermenêutica constitucional, na qual está inserido um modelo de interpretação abrangente do texto constitucional, não sendo limitada aos intér-

²⁹ STF, ADIN 2548/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. STF, 10.11.2006, DJU 15.06.2007.

³⁰ HÄBERLE, Peter. *apud* MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. **Repercusão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: RT, 2007. p.39.

³¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabrís Jr., 1997. p.10.

pretes clássicos, isto é, os órgãos estatais tais como o Poder Judiciário, mas também acessível a todos aqueles que fazem parte da comunidade política.³²

Nesse sentido, Mendes assim afirmou: “Häberle não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a essa minoria o oferecimento de ‘alternativas’ para a interpretação constitucional.”³³

Neste contexto, afirmam pela legitimidade do *amicus curiae*, na medida em que este possibilita a participação da sociedade pluralista, democraticamente, nos procedimentos que envolvam a interpretação constitucional.³⁴ Isso significa que “a Constituição é documento democrático; sua interpretação deve de ser plural.”³⁵

Sabe-se que o Estado Brasileiro é democrático, o que significa dizer que é um regime de governo caracterizado pela soberania popular, isto é, todo poder emana do povo, que poderá exercê-lo tanto por meio da participação direta como pela indireta, “na formação da vontade estatal pelo pluralismo de idéias, com a finalidade principal de promover os direitos fundamentais do homem e a dignidade da pessoa humana.”³⁶ Segundo Vitale,

A Constituição de 1988 afirma, ineditamente na história brasileira, a democracia semidireta ou participativa como um dos princípios fundamentais da República. [...] O anseio da sociedade pelo exercício mais amplo da soberania popular foi acolhido, com a indicação constitucional de institutos de democracia direta. [...] o princípio da democracia participativa ou semidireta, é, desse modo, plenamente amparado pela Constituição de 1988. É importante observar, porém, que, embora haja previsão constitucional explícita dos instrumentos indicados, não se trata de um rol exaustivo, mas aberto a outras formas de participação popular.³⁷

Novamente, tais menções nos remetem às interpretações das pelos constitucionalistas que compõem o Supremo Tribunal Federal, em especial o Ministro Cezar Peluso, no sentido de que:

³² VAN HOLTHE, Leo. **Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Jus Podium, 2007. p.33.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.470.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 2007. p.33.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 2007. p.40.

³⁶ VAN HOLTHE, Leo, 2007. p.92.

³⁷ VITALE, Denise. Direitos de participação política na Constituição federal de 1988: um estudo sobre plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei. In: **Temas de teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. CUNHA JUNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (orgs.) Salvador: Ius Podium, 2007. p.52.

A admissão legal da figura do *amicus curiae*, tradicional no sistema *common law*, constitui evidente manifestação do impacto que o julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade produz sobre a ordem jurídico-social. Ao prevê-la, abre-se um canal valioso para participação de membros do corpo social interessados no processo de tomada de decisão da Corte, em reforço da legitimidade e do caráter plural e democrático da atividade exercida pelo julgador.³⁸

De igual forma, o também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Mello, assim destacou:

A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização centrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.³⁹

Por fim, verifica-se a legitimação do *amicus curiae* como ator desse processo de democratização das relações políticas vivenciadas na sociedade brasileira contemporânea, pois ele pode contribuir muito para o debate, sendo que sua participação efetiva mostra-se como forma de legitimação da decisão que será proferida.⁴⁰ Nas palavras de Van Hölthe,

Além de pautar-se na soberania popular, na participação do povo no poder, e no pluralismo de idéias, a democracia brasileira apresenta um forte cunho social, preocupada em realizar os direitos sociais, econômicos e culturais necessários para a superação das imensas desigualdades do nosso país e voltada para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art.3º, I).⁴¹

³⁸ STF, ADIN 3474/BA, rel. Min. Cezar Peluso, j.13.10.2005, DJU 19.10.2005

³⁹ STF, ADIN (MC) 2130-SC, rel. Min. Celso de Mello, j.20.12.2000, DJU 02.02.2001.

⁴⁰ FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante - solução concentrada: vantagens, riscos e necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*) In: **Reforma do Judiciário:** analisada e comentada. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jésus Lora. (coords.) São Paulo: Método, 2005. p.822.

⁴¹ VAN HOLTHE, 2007. p.95.

2 O recurso extraordinário

2.1 Conceito, origem, características e natureza jurídica

Nos termos de Souza,

o recurso pode ser assim definido: remédio jurídico que pode ser utilizado em prazo peremptório pelas partes, pelo Ministério Público e por terceiro interessado, apto a ensejar a reforma, anulação, a integração ou o esclarecimento da decisão jurisdicional, por parte do próprio julgador ou tribunal *ad quem*, dentro do mesmo processo em que foi lançado o pronunciamento causador do inconformismo.⁴²

Os recursos em geral encontram seu fundamento no princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual, em regra,⁴³ há possibilidade de ser a causa submetida a órgão hierarquicamente superior ao originariamente competente, no intuito de “nova compulsão das peças dos autos para averiguação da existência de defeito na decisão causadora da insatisfação do recorrente.”⁴⁴

Dentro dessa lógica, pode-se afirmar que o recurso extraordinário é uma espécie do gênero recurso, acima denominado, previsto em nosso ordenamento jurídico brasileiro desde 1891, originário do direito norte-americano, com a finalidade de submeter ao Supremo Tribunal Federal questão federal, acrescida da análise do caso concreto.⁴⁵ Segundo Didier Junior:

O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais [...] no espectro dessa função desempenhada pelo STF, insere-se o recurso extraordinário, mercê do qual a Corte Suprema rejulta decisões proferidas, em última ou única instância, que tenham violado dispositivo da Constituição Federal. No particular, além de corrigir a ofensa a dispositivos da Constituição, o STF cuida de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.⁴⁶

⁴² SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.** 4.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.3.

⁴³ Cabe esclarecer que algumas causas não suscetíveis de recurso, sendo legítimas as restrições existentes na legislação processual civil, desconsiderando o princípio do duplo grau de jurisdição como absoluto. (SOUZA, Bernardo Pimentel. 2007. p.106).

⁴⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. 2007. p.3.

⁴⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. 2007. p.442.

⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. 2007. p.261.

O recurso extraordinário, pela função atribuída ao Supremo Tribunal Federal, é o instrumento idôneo, onde é realizado o controle concreto de constitucionalidade. Isso porque conforme previsão expressa no artigo 102 da Constituição Federal de 1988, faz-se possível a interposição do mencionado recurso quando, no mérito:⁴⁷

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;**
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;**
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;**
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.**

No entanto, antes do juízo de mérito, imperioso é o juízo de admissibilidade recursal: seriam as hipóteses extrínsecas e intrínsecas que, caso preenchidas, ensejariam o conhecimento do recurso pelo Tribunal.

O reconhecimento da ocorrência da repercussão geral se encaixaria como uma das possibilidades para se garantir a procedibilidade do recurso junto ao Supremo Tribunal Federal, eis que de acordo com Marinoni,

Trata-se de requisito intrínseco de admissibilidade recursal: não havendo repercussão geral, não existe poder de recorrer ao Supremo Tribunal Federal. [...] configurada a repercussão geral, tem o Supremo de admitir o recurso e apreciá-lo no mérito.⁴⁸

2.2 Da repercussão geral

O instituto da repercussão geral foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, caracterizando-se como um novo requisito de admissibilidade do recurso, sendo previsto no artigo 102, parágrafo 3º, com o seguinte teor:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo, pela manifestação de dois terços de seus membros.⁴⁹

⁴⁷ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 17.05.2008.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. 2007. p.33.

⁴⁹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 17.05.2008.

Sua razão de ser encontra-se no fato de que, em face da grande quantidade de recursos diariamente interpostos, o Supremo Tribunal Federal estaria perdendo sua função precípua, qual seja, a de somente analisar as questões constitucionais relevantes.

Tornou-se imprescindível a diminuição do acesso aos Tribunais Superiores pela via recursal e, consequentemente, necessária a utilização adequada e oportuna do instrumento, cuja finalidade seria submeter à análise, especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal, da matéria altamente relevante para a sociedade e para a nação. Na verdade, a finalidade seria racionalizar a atividade jurisdicional.⁵⁰ Segundo Paiva:

O instituto da repercussão geral, criado pela ECnº 45 e agora regulamentado pela Lei 11418/06 tem, como se viu, o claro propósito de diminuir a avalanche de recursos extraordinários que diariamente aportam o Supremo Tribunal Federal, anelando, com isso, tornar mais racional a atividade judicante perante a suprema corte brasileira. Com a regulamentação ora efetivada, busca-se acentuar a tarefa do STF de decidir questões de impacto para os interesses da nação, retirando da pauta de apreciação dessa corte a análise de controvérsias que, quanto importantes para as partes litigantes, não apresentam relevância *extra muros*.⁵¹

A certeza inicial trazida pelo instituto é de que:

O STF não é um tribunal vocacionado a decidir ‘briga de vizinhos’, ou seja, questões que só interessam às partes e mais ninguém. Doravante, apenas temas de notável importância, com transcidente relevância é que merecerão a atenção da Corte Suprema brasileira.⁵²

Nessa esteira, ao regulamentar dispositivo constitucional, o artigo 543-A, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.418/2006, menciona que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral.” Conceitua o instituto como sendo a hipótese na qual, nos termos do parágrafo primeiro do mencionado artigo, “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de

⁵⁰ PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. A Lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1315, 6 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>>. Acesso em: 17.05. 2008

⁵¹ PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. 2008.

⁵² PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. 2008.

vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”⁵³

Verifica-se, pela literalidade do dispositivo, que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, terá a prerrogativa de definir a abrangência ou mesmo o alcance da repercussão geral, através de sua interpretação.⁵⁴ Neste sentido, Marinoni afirma que:

Jamais será possível ao STF delinear, em abstrato e para todos os casos, o que é questão constitucional de repercussão geral, pois essa fórmula é dependente das circunstâncias concretas - sociais e políticas - em que a questão constitucional, discutida no caso concreto, está inserida.⁵⁵

Nota-se, então, que a intervenção do *amicus curiae* está estritamente ligada com o instituto da repercussão geral. Isso porque os interesses, defendidos pelo *amicus curiae* são institucionalizados, relevantes para toda a sociedade, sendo pertinente sua atuação ao mesmo tempo em que a questão, posta em juízo, deva preencher o requisito da repercussão geral. Tanto é que, no parágrafo sexto do mesmo artigo 543 do Código de Processo Civil, é prevista “a participação de terceiros a fim de que se dê um amplo debate a respeito da existência ou não de relevância da questão debatida”.⁵⁶

Nesse contexto, todos os argumentos trazidos pelos diversos atores, a fim de que seja dada amplitude à discussão jurídica posta ao julgador e proferida decisão de forma pluralizada, o Supremo Tribunal Federal não fica adstrito às razões das partes do Recurso Extraordinário, eis que pode adotar entendimento diverso. A participação do *amicus curiae*

É o que legitima constitucionalmente o caráter vinculativo da solução a ser dada pelo STF, que objetivamente alcança aqueles que não participaram do processo, e que, individualmente, não lhes é facultado a intervenção, embora uma sociedade organizada, em estágio avançado político-sócio-cultural, pode, realmente, contar com a considerável eficiência deste mecanismo participativo.⁵⁷

⁵³ BRASIL. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigos/quadro_cod.htm>. Acesso em 17.05.2008.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 6.ed., atual.e ampl. São Paulo: RT, 2007. p.573.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. 2007. p.573.

⁵⁶ BRASIL. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigos/quadro_cod.htm>. Acesso em 17.05.2008.

⁵⁷ FERREIRA, William Santos. 2005. p.821.

Conforme bem descrito por Marinoni, “eis aí, a propósito, mais um traço de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.”⁵⁸ Nas palavras do Ministro Celso de Mello,

O STF não só garantirá maior efetividade e atribuirá legitimidade às suas decisões, como, sobretudo, valorizará, sob perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente num processo como o de controle abstrato de constitucionalidade, cujas implicações sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.⁵⁹

Tudo isso para corroborar a importância do amigo da Corte nesse novel avanço dado ao Recurso Extraordinário.

2.3 Do processo objetivo e o recurso extraordinário

Inicialmente, nas palavras do jurista Binenbojm, sabe-se que “o processo de controle de constitucionalidade não envolve pessoas e interesses concretos, razão pela qual é qualificado como processo objetivo.”⁶⁰

Na medida em que o Supremo Tribunal Federal é colocado a analisar questões relevantes para o ordenamento constitucional, cuja solução extrapola o interesse subjetivo das partes, firmando seu papel como Corte Constitucional e não instância recursal, o Recurso Extraordinário é visto pelo prisma de que efetivamente pode ser um instrumento para fins de análise, de forma objetiva, abstrata, do controle de constitucionalidade das normas. Nas palavras do jurista Ministro Gilmar Ferreira Mendes,

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir de forma decisiva a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vem conferindo ao recurso de amparo e

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 2007. p.42.

⁵⁹ STF, ADIN (MC) 2130-SC, rel. Min. Celso de Mello, j.20.12.2000, DJU 02.02.2001.

⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. BARROSO, Luiz Roberto. (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2000. p.32. v. 5.

ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo” (HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo, no sistema germânico, *Sub Judice* 20/21, 2001, p.33 (49).⁶¹

De igual forma, Didier explica que o sistema brasileiro de controle normativo de constitucionalidade adquiriu substanciais modificações. Em suas palavras,

Um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato. [...] Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise de constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades.⁶²

Assim como é previsto no artigo 482, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, o incidente de inconstitucionalidade, suscitado pelas partes litigantes, em procedimento de controle difuso, cuja análise da constitucionalidade da norma impugnada é feita em abstrato, ou seja, de forma objetiva, o Recurso Extraordinário também pode oferecer essa possibilidade.⁶³

E, como consequência, ao *amicus curiae* tem sido possibilitada sua intervenção, sendo tal admissão um grande avanço no que tange ao controle de constitucionalidade das normas, legitimando sobremaneira a participação popular nos procedimentos de tomada de decisões, de forma democrática, por órgãos do Poder Judiciário.

⁶¹ STF, RE 556664, rel. Min. Gilmar Mendes, j.21.09.2007, DJU 15.10.2007

⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. 2007, p.274.

⁶³ Segundo renomada doutrina, “o STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido essa linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes.” DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. 2007, p.275.

3 A intervenção do *amicus curiae* no recurso extraordinário

Conforme disposto anteriormente, com grande avanço tanto no campo legislativo, doutrinário e jurisprudencial, tem surgido a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* no recurso extraordinário, devido a sua evolução no que tange ao caráter objetivo a processo atribuído. Repita-se, nos dizeres de Mendes:

[...] A função do Supremo nos recursos extraordinários, ao menos de modo imediato não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.⁶⁴

Isso porque, com o advento do instituto da repercussão geral, essa transformação se fez mais nítida.

Em regra, no controle de constitucionalidade realizado em sede abstrata, por se tratar de processo objetivo, no qual não há discussão de interesse concreto das partes, não há interesse jurídico a ensejar a intervenção de um terceiro na relação processual.⁶⁵

No entanto, é notória a admissão da intervenção do Amigo da Corte, para fins de democratização do processo objetivo. Segundo Cunha Junior,

a intervenção do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Häberle em sua sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.⁶⁶

No que tange à repercussão geral, há expressa previsão legal da possibilidade de intervenção do Amigo da Corte, para fins de análise do preenchimento desse requisito e consequente cabimento do Recurso Extraordinário. É o que dispõe expressamente o artigo 543, do Código de Processo Civil. A análise do cabimento é

⁶⁴ MENDES *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. 2007. p.275.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. 2000. p.34.

⁶⁶ CUNHA Jr., Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade -a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). São Paulo: RT, 2004. p.165.

considerada política, sendo que não tem qualquer influência na admissão propriamente dita do recurso, como tradicionalmente era realizado, nem afeta o julgamento do mérito do recurso.⁶⁷

Na verdade, a interpretação literal do artigo 543, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil remete-nos à idéia de que a intervenção de terceiros, no caso de *amicus curiae*, restringe-se à análise do cabimento do recurso extraordinário, quanto ao requisito da repercussão geral.

Entretanto, não é somente isso. Com a objetivação do Recurso Extraordinário, na qual há possibilidade de atribuição dos efeitos do controle abstrato de constitucionalidade, em sede de controle difuso, não se enxerga qualquer óbice para que a intervenção do *amicus curiae* encontre seu lugar, de igual ordem como prevista no artigo 7º, §2º, da lei 9868/99.

Isso porque o impacto da decisão poderá ter efeitos para todo o corpo social, sendo imprescindível o órgão judicante ter a noção madura e exata de todas as consequências que a decisão poderá acarretar.

Mendes et al adota idêntico entendimento de que:

Diantre dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, sustentamos a razoabilidade, se não a obrigatoriedade, de que se reconhecesse a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau, o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal. [...] Tem-se, assim, oportunidade para a efetiva abertura do processo de controle de constitucionalidade incidental, que passa, nesse ponto, a ter estrutura semelhante à dos processos de índole estritamente objetiva.⁶⁸

Cabe ainda esclarecer que, não obstante isso, tal posicionamento, no que tange à “abstração” dada ao controle difuso de constitucionalidade, tem sido recebido com reservas, na medida em que há ainda um remansoso entendimento de que:

Embora conhecido o recurso extraordinário por entender que a questão constitucional discutida no caso tem repercussão geral, por se tratar de controle difuso da constitucionalidade, a lei ou o ato normativo, se declarado

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A EC n.45 e o Instituto da Repercussão Geral. In: **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jésus Lora. (coords.) São Paulo: Método, 2005. p.64.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.1022.

inconstitucional, terá repercussão apenas no caso concreto, cabendo privativamente ao Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF (art.52, X, da CF). Ademais, a coisa julgada, como regra, dar-se-á entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, (art.472, do CPC) e não terá efeito vinculante, o qual está reservado ao controle abstrato da constitucionalidade (art.102, §3º, da CF).⁶⁹

Ainda assim, há uma tendência, que vem sendo adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de aceitar a possibilidade de superação do artigo 52, X, da Constituição Federal, na medida em que poderá ser, no âmbito da mencionada Corte, realizada a análise da constitucionalidade, pela via difusa, em tese, com atribuição de efeitos erga omnes. Neste sentido:

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá faculdade de publicar ou não a decisão, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais. [...] A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.⁷⁰

Isso tudo para afirmar que a tendência é que o Recurso Extraordinário seja importante instrumento a ser utilizado para análise da constitucionalidade de normas em semelhança ao que é feito nos processos de índole objetiva.

No ordenamento jurídico, por enquanto, somente há previsão legal da mencionada intervenção na via difusa, em sede de incidente de inconstitucionalidade, prevista no artigo 482, do CPC, e em sede de Recurso Extraordinário, para a repercussão geral, nos termos do artigo 543, do CPC.

⁶⁹ CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art.102, §3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: **Reforma do Judiciário:** analisada e comentada. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jésus Lora. (coords.) São Paulo: Método, 2005. p.160.

⁷⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007. p.1032.

Nada impede que se construa uma autorização pretoriana favorável à intervenção do *amicus curiae* no recurso extraordinário quando do julgamento do mérito do recurso. Seria conveniente e razoável na medida em que, segundo Cambi:

Partindo do mais fácil acesso ao Poder judiciário, por pessoas isoladas e por grupos minoritários - sobre tudo a partir da maior mobilização da sociedade civil organizada e com a melhor visualização do Ministério Público como agente transformação da sociedade (o que implica defender a sua atuação mínima nas ações individuais, para possibilitar agir, de modo mais eficiente, na defesa dos interesses metaindividuais) -, permite reconhecer na jurisdição constitucional um mecanismo de aprimoramento da democracia, a começar pela tutela dos direitos fundamentais por um órgão que, não vinculado à maioria política, possa servir de guarda da Constituição a todos os cidadãos, especialmente os excluídos da formulação das políticas públicas. Também possibilita que o princípio democrático não seja reduzido ao seu aspecto formal, minimizando a participação democrática ao momento em que o povo elege seus representantes, resgatando a dimensão substancial da democracia, enquanto proteção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, permite-se construir, em torno do conceito de cidadania, um conjunto ampliado de possibilidades de participação no processo político.⁷¹

Conclusão

A Emenda Constitucional número 45/2004 trouxe diversas modificações no que diz respeito à dinâmica conferida ao Poder Judiciário no trato processual, dentre as quais se pode observar uma atuação mais democratizada por parte dos órgãos judicantes. Segundo Cambi, “é necessário buscar critérios para que o Poder Judiciário sirva como verdadeiro instrumento de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.”⁷²

Nesse aspecto, o *amicus curiae* revela-se como um dos aspectos determinantes para garantir a legitimação da jurisdição constituci-

⁷¹ CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art.102, §3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: Reforma do Judiciário: analisada e comentada. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jésus Lora. (coords.) São Paulo: Método, 2005. p.164.

⁷² CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art.102, §3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: **Reforma do Judiciário:** analisada e comentada. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jésus Lora. (coords.) São Paulo: Método, 2005. p.153.

onal, eis que suaviza o preconceito de que, nas palavras do mencionado autor:

Os juízes não são escolhidos pelo povo, devendo exercer um papel secundário na formulação das políticas públicas [...] se [...] quer-se evitar a ditadura dos juízes, [...] devem ser buscados mecanismos para preservar certos conteúdos democráticos.⁷³ Isso porque “o processo judicial é uma forma de participação política, sendo assegurada às partes o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, sendo, pois, mais participativo que qualquer outro processo público [...] os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político ou não tenham sua vontade prevalecida, sempre terão acesso ao Poder judiciário, para preservação de seus direitos.”⁷⁴

Logo, a intervenção do *amicus curiae* no Recurso Extraordinário é vista com bons olhos na medida em que alarga sobremaneira a participação popular nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário, sensibilizando-o com novos posicionamentos, consentâneos com o regime democrático, sendo tal intervenção possível, tanto na análise do cabimento, como no mérito do Recurso Extraordinário. Nesse último, porque o Recurso Extraordinário, segundo a doutrina, pode ser um instrumento utilizado para análise abstrata do controle de constitucionalidade, tal como é realizado na ação direta de inconstitucionalidade. Nas palavras de Binenbojm:

O Supremo Tribunal Federal ganhou visibilidade como ‘árbitro’ dos conflitos horizontais e verticais entre os Poderes, contribuindo efetivamente para o equilíbrio institucional e federativo, a defesa das minorias e o fortalecimento da democracia. O desenvolvimento do sentimento constitucional – viga mestra da cidadania – está umbilicalmente ligado ao exercício da jurisdição constitucional, momento crucial em que se realizam, ou que se frustram os valores consagrados na Constituição. À técnica processual incumbe contribuir, orientada sempre pelo princípio da instrumentalidade

⁷³ CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art.102, §3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: **Reforma do Judiciário:** analisada e comentada. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jésus Lora. (coords.) São Paulo: Método, 2005. p.154.

⁷⁴ CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art.102, §3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: **Reforma do Judiciário:** analisada e comentada. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jésus Lora. (coords.) São Paulo: Método, 2005. p.155.

das formas, para que a jurisdição constitucional cumpra sua missão.⁷⁵

Portanto, em ambos os aspectos nos quais se defende a intervenção do amigo da Corte, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal reavalia seu papel como guardião da Constituição, na medida em que, ao democratizar ainda mais a sua interpretação, aproxima-se dos anseios sociais, ou seja, do que se espera dos poderes constituídos como ideal de justiça social, tendo papel primordial o amigo da Corte, eis que, de acordo com Vitale:

Na esteira do pensamento de autores como Hannah Arendt e Jürgen Habermas, podemos concluir afirmando que é apenas por meio do fortalecimento do poder comunicativo dos cidadãos, que se forma em arenas participativas e deliberativas, que os regimes democráticos podem avançar e se afirmar como sistemas legítimos de expressão de poder.⁷⁶

Referências

- ALVIM, Arruda. A EC n.45 e o Instituto da Repercussão Geral. In: **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jésus Lora. (coords.) São Paulo: Método, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo estado do Rio de Janeiro**. v .5. Luiz Roberto Barroso. (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 17.05.2008.
- BRASIL. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigos/quadro_cod.htm>. Acesso em 17.05.2008.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art.102, §3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimi-

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. 2000. p.46.

⁷⁶ VITALLE, Denise. 2007. p.66.

mação democrática da jurisdição constitucional. In: **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. Coordenadores: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALÁRCON, Pietro de Jesus Lora; São Paulo: Método, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: análise detida das leis 9868/99 e 9882/99. 2.ed. Salvador: Ius Podium, 2007.

_____. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade - a a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. DIDIER Jr., Freddie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). São Paulo: RT, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. 11.ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

DEL PRÁ, Carlos. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. In: **Aspectos Polêmicos sobre terceiros no processo civil e assuntos afins**. DIDIER Jr., Freddie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). São Paulo: RT, 2004. p.59.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 3.ed. Salvador: Ed. Ius Podium. 2007. v.3.

_____. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da

ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: **Ações Constitucionais**. DIDIER, Jr. Freddie. (org.) Salvador: Jus Podium, 2006.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante - solução concentrada: vantagens, riscos e necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In: **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. TAVARES André Ramos; LENZA; Pedro; ALÁRCON Pietro de Jesus Lora.(coords). São Paulo: Método, 2005 .

FIGUEIREDO, Rubens; CERVELLINI, Silvia. **O que é opinião pública**. São Paulo: Brasiliense, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Jr., 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11.ed. São Paulo: Editora Método. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 6.ed., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed. São Paulo: Sarai-va, 2004.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. A **Lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1315, 06.02.2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9470>>. Acesso em: 17.05.2008.

PRADO, Rodrigo Murad do. **O amicus curiae no Direito Processual brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 676, 12.05.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6717>>. Acesso em: 03.03.2008

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. **Amicus curiae: um instrumento de aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 906, 26.12.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7739>>. Acesso em: 03.03.2008

SILVA, Luiz Fernando Martins da. **Anotações sobre o "amicus curiae" e a democratização da jurisdição constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 598, 26.02.2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6358>>. Acesso em 03.03.2008.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.** 4.ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

STF, ADIN (MC) 2130-SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, DJU 02.02.2001.

STF, ADIN 2548/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. STF, 10.11.2006, DJU 15.06.2007.

STF, ADIN 3474/BA, rel. Min. Cesar Peluzo, j. 13.10.2005, DJU 19.10.2005.

STF, RE 556664, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.09.2007, DJU 15.10.2007.

VAN HÖLTHE, Leo. **Direito Constitucional.** 3.ed. Salvador: Jus Podium, 2007.

VITALE, Denise. Direitos de participação política na Constituição Federal de 1988: um estudo sobre plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei. In: **Temas de teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** Organizadores: CUNHA JUNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Salvador: Ius Podium, 2007.

Ação rescisória em matéria constitucional e a aplicação da Súmula 343 do STF

Lenymara Carvalho
Advogada da Caixa no Distrito Federal
Pós-graduanda em Direito Público - UnB
Pós-graduanda - FESMPDFT

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de demonstrar as posições doutrinárias e a tendência da jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal, quanto ao cabimento de ação rescisória em caso de decisão que, à época do trânsito em julgado, possuía interpretação controvérsia nos tribunais, sendo a questão posteriormente definida pelo STF. Neste contexto, pretende reinserir o tema em discussão especialmente diante do importante papel exercido pela Suprema Corte como órgão maior de interpretação constitucional, guardião do respeito às normas da Carta Magna e da manutenção da sua força normativa. Dessa forma, demonstra o correto afastamento do entendimento proibitivo, sumulado por meio do enunciado 343 do STF, diante do debate de ordem constitucional.

Palavras-chaves: Coisa julgada. Ação rescisória. Súmula 343 do STF. Força normativa da Constituição.

ABSTRACT

This article aims to present the opinions of Scholars and the tendency of the Courts, particularly of the Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal) regarding the possibility of rescission action in the case of a decision which, at the time of the transit on judged , had a controversial interpretation at the Courts which was later settled by the Supreme Federal Cort. In this context, it intends to bring this issue under the light of the important role played by the Supreme Court as the greatest agency of constitutional interpretation, the guardian of the respect to the norms of the Constitution and the maintenance of its binding force. Thus, it shows that it is correct to abandon the view that rescission action should not be admissible, given the existence of a constitutional debate, which was enshrined in the summuled by means of the enunciat 343 the Supreme Court.

Keywords: Object judged. Rescission action summular 343 from STF. Binding force of the Constitution.

Introdução

O presente trabalho pretende examinar, sob o enfoque doutrinário e especialmente jurisprudencial, o instituto da ação rescisória nos casos de violação à lei, quando a matéria discutida é de ordem constitucional e a aplicação do enunciado sumular 343 do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de não ser uma questão nova, já amplamente discutida, percebe-se que este tema vem sendo alvo de nova interpretação pelo STF, o que o torna de especial interesse, principalmente quanto às ações rescisórias em que se discutem a incidência de correção monetária nas contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em face do RE 226.855/RS.

Quando se trata de revisão da coisa julgada por meio da ação rescisória, é impossível não discutir o teor da Súmula 343 do STF e sua debatida aplicação. Também é impossível não se constatar o afastamento deste enunciado quando a matéria controvertida é de ordem constitucional. Porém, o teor da súmula deve ser afastado em decorrência de qualquer manifestação da Suprema Corte ou somente quando esta se pronuncia como Corte Constitucional, apreciando a matéria constitucional de forma abstrata?

Este debate é de extrema importância para se averiguar o cabimento da ação rescisória, especialmente em face da postura que tem assumido a nossa Corte Constitucional diante do seu papel de órgão maior de interpretação constitucional.

Assim, busca-se destacar a questão da ação rescisória com base na violação da lei, ou melhor, na violação da própria Constituição da República, a aplicabilidade da Súmula 343 do STF diante dos tipos de pronunciamento desta Corte, os posicionamentos dos Tribunais e os reflexos destas interpretações nas ações rescisórias movidas pela Caixa Econômica Federal em face de decisões proferidas nas ações judiciais de correção das contas de FGTS pelos índices estipulados nos planos econômicos.

Diante do exposto, a importância de se rediscutir o tema e de se ponderar acerca dos diversos posicionamentos e da nova visão que se dá às decisões do Supremo Tribunal Federal.

1 Do instituto da coisa julgada

O instituto da coisa julgada é a própria manifestação do princípio do estado democrático de direito.

A República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito e sobre ele se alicerçam todos os fundamentos para que a ordem e o respeito aos direitos fundamentais se concretizem.

A coisa julgada define-se como a imutabilidade dos efeitos da sentença de mérito e corresponde ao fim maior buscado pela jurisdição, que é a pacificação social, por meio da segurança que se atribui a uma decisão definitivamente julgada.

É esta segurança jurídica o grande princípio constitucionalmente resguardado por meio do instituto da coisa julgada e sobre o qual há proteção relevante com o fim de evitar o caos jurídico diante de decisões que poderiam ser modificadas a qualquer tempo.

Como muito bem ressalta Dinamarco:

O exercício útil da jurisdição requer que seus resultados fiquem imunizados contra novos questionamentos, porque uma total vulnerabilidade desses resultados comprometeria gravemente o escopo social de pacificação: a segurança jurídica é reconhecido fator de paz entre as pessoas no convívio social.¹

Assim, a coisa julgada como elemento de existência do Estado Democrático de Direito, e também como garantia individual (artigo 5º, XXXVI, CR), é cláusula pétreia do sistema constitucional, não podendo ser restringida ou abolida por futura emenda constitucional (artigo 60, §4º, IV, CR).

Além disso, como nos ensina Nery Jr.,² a coisa julgada é o centro de todos os objetivos do direito processual civil, pois cria uma *intangibilidade* da pretensão de direito levada a juízo. Dessa intangibilidade surge um dos efeitos da coisa julgada, uma função negativa na atitude do juiz, que deve fazer prevalecer a imutabilidade da sentença em face de outras ações judiciais.

Por isso, formada a coisa julgada, ficam as partes proibidas de rediscutir a lide, submetendo-se à sua autoridade e ao que foi fixado na sentença de mérito.

No entanto, como direito resguardado constitucionalmente, sustentáculo do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada não é um valor absoluto, podendo ceder a outros valores de igual relevância. O ilustre Ministro Zavascki explica que “a coisa julgada não é um valor constitucional absoluto. Trata-se, na verdade, de

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.305.

² NERY Jr., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.39.

um princípio, como tal sujeito a relativização, de modo a possibilitar sua convivência harmônica com outros princípios da mesma hierarquia existentes no sistema.”³

Assim, diante de uma situação concreta, especialmente em confronto com o devido processo legal, a coisa julgada pode ser relativizada visando sempre a uma prestação judicial correta, não viciada, à justiça da decisão judicial que permanecerá no mundo jurídico.

2 Da ação rescisória por violação à literal disposição de lei

A ação rescisória é uma das formas de desconstituição da coisa julgada, uma última via de correção para o sistema judicial. É uma espécie de ação autônoma de impugnação de decisões judiciais.

No entanto, difere dos recursos que impugnam decisões no mesmo bojo do processo em que foram prolatadas, mediante a formação de um processo novo, com o fim específico de impugnar decisão judicial prolatada em processo anterior.

Conforme sevê então, a natureza jurídica da ação rescisória é de ação. Nesta se pretende a desconstituição do julgado protegido pela coisa julgada e um novo julgamento da causa anteriormente solucionada pela decisão impugnada.

A rescisória é assim, e conforme se depreende dos artigos 467 e 485 do Código de Processo Civil, condicionada à formação da coisa julgada, sendo que seu prazo tem a contagem iniciada somente após o trânsito em julgado da decisão que se impugna.

Esta ação, como remédio excepcional, tendo em vista a relevância do valor que contrapõe, a coisa julgada, que consubstancia a própria segurança jurídica que se pretende das decisões judiciais, mas atendendo sempre à efetiva realização da idéia de Justiça, só é admissível nas estritas hipóteses taxativamente previstas em lei, não sendo possível a utilização de interpretação extensiva.

Como muito bem descreve o ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes em brilhante voto no RE 328.812/AM, “o instituto da rescisória representa, sobretudo, uma conciliação entre os extremos do respeito incondicional à coisa julgada e a possibilidade de reforma permanente das decisões judiciais”.

As hipóteses de admissibilidade estão previstas no artigo 485 do CPC, mas, no presente estudo, nos importa a possibilidade de interposição da ação rescisória prevista no inciso V, ou seja, quando há violação à literal disposição de lei:

³ ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 27, p.153-74, set-dez. 2003.

Art. 485 – A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
[...]
V – violar literal disposição de lei;

Em primeiro lugar verifica-se que o termo “lei”, expresso no inciso, tem conotação ampla, significando não apenas a lei em sentido estrito, mas abrangendo também normas constitucionais e emendas constitucionais, leis federais, estaduais e municipais, leis ordinárias, complementares e delegadas, leis processuais, materiais, medidas provisórias, decretos, regulamentos, resoluções e regimentos internos dos tribunais.

Ressalta-se ainda que a melhor doutrina entende que é possível a rescisória de decisão com base na violação à súmula vinculante, aprovada conforme os termos do artigo 103-A da Constituição da República.⁴

Cabe lembrar que a ação rescisória é cabível tanto por violação à lei de cunho material quanto à lei de cunho processual, não havendo qualquer restrição quanto a esta última hipótese, servindo tanto para sanar o *error in iudicando* quanto o *error in procedendo*.

O segundo ponto importante é quanto à expressão “*literal disposição*”. A nossa discussão cinge-se a este problema.

Conforme ensinamentos doutrinários e decisões judiciais, tal expressão reflete que a violação deve ser de tal ordem que ataque a lei em sua literalidade, quando fere diretamente o seu comando. Mas, também, “quando não obedece ao seu sentido inequívoco, ainda que implícito.”⁵

Contudo, também podemos concluir deste enunciado que o legislador quis firmar uma limitação, não sendo toda e qualquer violação capaz de dar ensejo à rescisória. Assim, os tribunais consolidaram o entendimento de que não é possível a interposição de ação rescisória, sob o argumento de violação à lei, quando esta possui uma interpretação controvertida, com o fim de não tornar esta ação de impugnação num mero sucedâneo de recurso com o prazo estendido.

Por este motivo, a tradição jurisprudencial brasileira, que se reflete em diversos enunciados sumulares,⁶ entende não constituir

⁴ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.164.

⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. 2008. p.164.

⁶ Enunciado n. 83 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho: “*Não procede o pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional, de interpretação controversa nos Tribunais*”.

violação à lei a que decorre de uma interpretação razoável dentre outras existentes, não sendo possível desconstituir o julgado à luz de qualquer das interpretações possíveis, pois se há nos tribunais entendimento divergente sobre o mesmo dispositivo legal, é porque ele comporta mais de uma interpretação, significando que não se pode qualificar qualquer destas interpretações como frontalmente ofensiva à lei.

Neste contexto destaca-se o enunciado de Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal, editado em 1963:

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Este entendimento é amplamente aplicado por nossos tribunais, apesar de críticas ferrenhas de doutrinadores do mais alto gabarito, como exemplo, Wambier⁷ ao afirmar que o sentido da expressão “literal” no inciso V do artigo 485 do CPC não pode se limitar à de ausência de controvérsia nos tribunais acerca do sentido da lei, ou mesmo a que se deve dar interpretação apenas literal do texto de lei.

Essa ilustre doutrinadora ainda acrescenta em artigo doutrinário que:

Essa súmula tem sido objeto das mais exacerbadas críticas por prestigiar a possibilidade de permanecerem decisões variadas, oriundas da aplicação do mesmo texto de lei a situações idênticas. Na verdade, a regra contida nesta súmula desdiz a própria função então do STF e hoje do STJ, que é a de dar a correta interpretação da lei.⁸

A preocupação externada acima é a mesma que se quer elucidar neste estudo. A aplicação do entendimento firmado pela Súmula 343 do STF é afrontar os princípios da legalidade, pois permite a

Enunciado n. 134 da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos: “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor”.

Enunciado n. 3 da Súmula do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “Descabe o ajuizamento de ação rescisória, quando fundado em nova adoção de interpretação do texto legal”.

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel García. **O Dogma da Coisa Julgada:** hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.39.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 22, p.55-64, jan-mar, 1998.

manutenção de decisões que não obedecem à melhor interpretação da lei, alcançada posteriormente, e da isonomia, ao permitir decisões diversas para jurisdicionados em mesma situação jurídica.

3 Da ação rescisória por violação a literal disposição constitucional

Conforme delineado acima, a violação a literal dispositivo da Constituição da República também autoriza a interposição de ação rescisória. E mais que isso, na hipótese em que o Supremo Tribunal Federal fixa a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, à luz da Constituição da República, a contrariedade a esta interpretação também autoriza a utilização da ação rescisória.⁹

Diante da magnitude da decisão da Suprema Corte que interpreta normas constitucionais é que parte da doutrina e a ampla jurisprudência dos tribunais pátrios, acertadamente, entendem não ser aplicável o enunciado sumular 343 do STF quando a matéria controvertida for de cunho constitucional, conforme se depreende da leitura dos enunciados 83 do TST e 63 do TRF da 4^a Região (“Não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional”).

Este é, sem sombras de dúvidas, o melhor entendimento diante da relevância da decisão do Supremo que fixa a interpretação constitucional. Por isso, plenamente cabível a ação rescisória, pois nas decisões da Corte há uma verdadeira concretização da Constituição e a manutenção da sua força normativa.^{10 11}

⁹ RE 328.812/AM.

¹⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

¹¹ Mais uma vez, neste ponto, o Ministro Gilmar Mendes nas razões do seu voto no RE 328.812/AM explana de forma clara a diferença entre a divergência de interpretação no plano infraconstitucional e no plano constitucional: “*Controvérsia na interpretação de lei e controvérsia constitucional são coisas absolutamente distintas e para cada uma delas o nosso sistema constitucional estabeleceu mecanismos de solução diferenciados com resultados também diferenciados. Não é a mesma coisa vedar a rescisória para rever uma interpretação razoável de lei ordinária que tenha sido formulada por um juiz em confronto com outras interpretações de outros juízes, e vedar a rescisória para rever uma interpretação da lei que é contrária àquela fixada pelo Supremo Tribunal Federal em questão constitucional. Nesse ponto, penso que é fundamental lembrar que nas decisões proferidas por esta Corte temos um tipo especialíssimo de concretização da Carta Constitucional. E isto certamente não equivale à aplicação da legislação infraconstitucional. A violação à norma constitucional, para fins de admissibilidade de rescisória, é sem dúvida algo mais grave que a violação à lei*”.

Assim, afastar a possibilidade da ação rescisória com fundamento na Súmula 343 do STF, quando a questão discutida é de fundo constitucional, é manter uma violação ao ordenamento mais grave do que relativizar a coisa julgada e a segurança jurídica, pois é manter uma decisão que vai de encontro à correta interpretação da Constituição, representando aí sim um sinônimo de instabilidade, além da já afirmada violação ao princípio da isonomia, ao permitir a manutenção situações totalmente diversas sob o pátio da mesma norma constitucional.

Contudo, o objeto central deste estudo é um pouco mais aprofundado, pois questiona-se qual tipo de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal autoriza a interpretação de não aplicação do entendimento firmado na Súmula 343. Somente decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, ou qualquer decisão em grau recursal ou mesmo ação originária que fixe a interpretação da Constituição, proferida pelo STF?

4 Das espécies de controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal

Cumpre aqui estabelecer brevemente a diferenciação existente entre o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade realizado no STF, especialmente quanto aos efeitos da decisão proferida.

Como se sabe, o controle concentrado de constitucionalidade, tendo como parâmetro normas da Constituição da República, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que tem como principal função a fixação da interpretação das normas constitucionais e o respeito à supremacia dessas normas, com o fim de harmonizar o sistema jurídico.

A questão da constitucionalidade da norma, no controle abstrato, é o objeto autônomo e exclusivo da atividade da Corte Constitucional, não havendo qualquer relação com uma outra demanda. Assim, a decisão proferida nessa ação terá validade para todos (efeito *erga omnes*), e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, aplicadores das normas.

Já o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal diante da análise do caso concreto. Nesses casos, a declaração de inconstitucionalidade afasta a aplicação da norma na situação levada ao conhecimento do Judiciário. É mera questão prejudicial cujo deslinde é necessário para a resolução do litígio, objeto principal da ação.

Infere-se, então, que este controle também pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal em ações originárias ou em grau

recursal, tendo, porém, a decisão efeitos meramente *inter parts* não vinculando os demais órgãos e jurisdicionados.

Após a declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF, que corriqueiramente ocorre por meio de um recurso extraordinário, há comunicação da decisão ao Senado Federal¹² para que este, conforme sua conveniência e oportunidade, ou seja, mediante uma avaliação discricionária, suspenda a eficácia da norma declarada inconstitucional com efeito *erga omnes* (artigo 52, X da CR).

Quanto ao efeito temporal desta suspensão, ainda há grande controvérsia doutrinária. A maior parte da doutrina, podendo citar Silva e Bandeira de Melo¹³ atribui a esta suspensão apenas efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da resolução do Senado Federal.

Porém, parte da doutrina (Clève, Mendes, Barroso), seguindo uma linha mais moderna, especialmente voltada para o relevante papel do STF como Corte responsável pela fixação da interpretação constitucional, entende que a melhor solução é a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado.

5 Das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a possibilidade de cabimento da rescisória por violação à Constituição - não aplicação da Súmula 343 do STF

Após essa breve conceituação e apresentação dos institutos trabalhados, cabe agora analisar os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial do cabimento da ação rescisória quando a matéria discutida é de ordem constitucional.

Como restou delineado, a Súmula 343 do STF visa a impedir a rediscussão de uma causa pelo argumento de violação da lei quando esta é de interpretação controvertida à época do trânsito em julgado da decisão.

No entanto, verifica-se que os tribunais pátrios majoritariamente, com respaldo em ampla doutrina, afastam a aplicação deste enunciado quando a controvérsia for de âmbito constitucional, sendo a sua interpretação fixada pelo STF.

Como exemplo de posicionamento divergente a esta tese, podemos citar os ensinamentos do mestre Theodoro Júnior:

¹² Art. 178 do Regimento Interno do STF – “Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.”

¹³ Apud CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.122.

A rigor, portanto, não é razoável o afastamento do princípio contido na Súmula 343, nem mesmo quando posterior entendimento do Supremo Tribunal venha a ter a lei aplicada pela sentença rescindenda como inconstitucional. Basta lembrar que, após o biênio do art. 495 do CPC, nem mesmo a rescisória seria proponível. Assim, a inconstitucionalidade atingiria apenas aqueles decisórios discutidos no curto prazo de dois anos e deixaria incólumes aqueles que ultrapassem o mesmo termo sem ser objeto de rescisão.¹⁴

Contudo, o posicionamento dominante é de que o entendimento firmado na Súmula 343 não se aplica nestas situações, pois o princípio da supremacia da Constituição, a aplicação uniforme a todos os jurisdicionados e a autoridade do posicionamento do STF como guardião dessa supremacia são valores que superam a segurança jurídica resguardada pela coisa julgada.

Agora, discussão maior surge quando se analisa a questão em face de quais espécies de manifestações da Suprema Corte este entendimento deve prevalecer ou não.

Quando o Supremo Tribunal Federal analisa normas por meio de um controle abstrato de constitucionalidade, como acima descrito, e declara a inconstitucionalidade de uma norma, os efeitos dessa decisão alcançam a todos imediatamente, retroagindo os seus efeitos à data da publicação da lei, como se ela nunca tivesse existido no mundo jurídico, pois uma norma inconstitucional é nula e nulidade produz efeitos ex tunc.

Ressalta-se apenas a possibilidade de modulação dos efeitos desta decisão, conforme prevê o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, mas que é exceção a esta regra.

Nesses casos, não há qualquer dúvida de que o enunciado 343 não é aplicável e o entendimento dominante sempre foi este.¹⁵ Dessa forma, cabível é a ação rescisória com o fim de desconstituir o julgado que se firmou antes do pronunciamento definitivo do STF.

Como muito bem coloca Zavascki:

A eficácia erga omnes e vinculativa da decisão em controle concentrado traz como consequência não apenas o cabimento, sob tal aspecto, da rescisória (juízo de admissibilidade), mas a procedência do pedido de rescisão (juízo rescindente) das sentenças a ela contrárias. Da mesma forma, em novo julgamento da causa (juízo rescisório), cumprirá ao órgão julgador dar ao caso con-

¹⁴ THEODORO Jr, Humberto. A Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p.158-71, jul-set. 1995.

¹⁵ AR 1572/RJ; Resp 945.787/RJ; AR 1002/RN.

creto a solução compatível com a decisão tomada em controle concentrado.¹⁶

Já quando estamos diante de um controle difuso de constitucionalidade perante a Suprema Corte, encontramos diferentes situações.

Em primeiro lugar, temos o pronunciamento de inconstitucionalidade com a suspensão da norma pelo Senado Federal. Essa suspensão produz efeitos *erga omnes*, mas aqui importante se torna a controvérsia quanto à eficácia temporal deste ato.

Entendendo não haver retroatividade nessa decisão, o entendimento doutrinariamente majoritário é o de não ser cabível a rescisória, pois a decisão do STF não tem o poder de desconstituir as decisões já amparadas pelo manto da coisa julgada, sob pena de causar enorme insegurança jurídica, como nos mostra Grinover ao afirmar que “no caso de suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, que tem efeito geral, mas ex *nunc*, não poderão os tribunais divergir, a partir deste momento, sobre a constitucionalidade da lei, que se encontra suspensa”.¹⁷

Mas, a partir do momento que se posiciona por não haver retroação dos efeitos dessa decisão, conforme orientação do próprio STF,¹⁸ outro não pode ser o entendimento a não ser de que a decisão de inconstitucionalidade, assim como no controle abstrato tem o condão de desconstituir todos os julgados, pois não se pode perpetuar regramentos definidos judicialmente com base em uma norma que é considerada inexistente, já que nula desde o seu nascedouro.

Por último, encontramos a situação mais controvertida. O posicionamento do STF quanto à constitucionalidade de uma norma (quanto à inconstitucionalidade, sem suspensão pelo Senado Federal), ou a fixação da interpretação de uma regra legal/infraconstitucional com base na Constituição, ou a própria interpretação de um dispositivo constitucional no deslinde de um caso concreto, ou seja, de forma difusa, incidental.

Os tribunais, inclusive o STF, sempre se posicionaram no sentido de ser aplicável o enunciado da Súmula 343 nesses casos, pois aqui não teríamos uma decisão com eficácia *erga omnes* e produtora de efeito vinculante, apenas um pronunciamento do STF em um caso concreto.

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. 2003. p.164.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n.17, p.50-60, out-dez 1996.

¹⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.96.

Ressalta a professora Grinover, quando o debate é diante de um controle difuso de constitucionalidade, que “a decisão sobre a prejudicial é proferida *incidenter tantum*, sem qualquer efeito de coisa julgada material e sem efeitos vinculantes, podendo os tribunais continuar a divergir sobre a interpretação constitucional.”¹⁹

Porém, um novo posicionamento vem despontando e já fundamenta decisões da Suprema Corte em importantes julgados de considerável relevância, afirmando mais uma vez o papel constitucionalmente atribuído a este Tribunal. Ressalta-se aqui o julgamento do RE 328.812/AM que pacificou este entendimento.

No ordenamento jurídico brasileiro e no sistema constitucional atual, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal é a corte constitucional brasileira, a quem cabe, com exclusividade, a relevante tarefa de dizer se as condutas e regras estão de acordo com a Constituição e, especialmente, de fixar a interpretação que se deve atribuir aos dispositivos previstos no corpo da lei maior. É sua missão primeira e mais relevante, a guarda da Constituição. Tais argumentos sustentam a legitimidade do Supremo para julgamento das ações abstratas de constitucionalidade (Ações Diretas de Constitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Ação Declaratória de Preceito Fundamental).

Inicialmente, nota-se, nos últimos anos, uma mudança de postura da Suprema Corte quanto ao seu papel na sociedade e como Poder constitucionalmente previsto, atuando cada vez mais positivamente, efetivando os direitos fundamentais e políticas públicas capengas de regulamentação.

Exemplo dessa mudança encontra-se no voto proferido na Reclamação 4335 pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acompanhado pelo Ministro Eros Grau. Segundo ele, a decisão final do STF proferida em controle difuso de constitucionalidade teria, por si mesma, eficácia geral e vinculante, cabendo ao Senado Federal editar resolução apenas para o fim de conferir maior publicidade a esse fato, tendo sofrido o artigo 52, X, da Constituição, uma mutação constitucional. Não seria mais a decisão do Senado a conferir eficácia geral ao julgamento do Supremo, a própria decisão da Corte conteria essa força normativa.²⁰

Ainda como exemplo, Mendes²¹ cita a súmula vinculante, que conferirá eficácia geral e vinculante às decisões do Supremo Tribu-

¹⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini. 1996, p.58.

²⁰ Divergiram do julgamento os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Até o fim do mês de fevereiro de 2009, o julgamento encontrava-se interrompido em razão do pedido de vista do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1.089.

nal Federal sem a necessidade de intervenção do Senado Federal e sem afetar a vigência das leis declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental.

O que se quer destacar é que cada vez mais as linhas que dividem as funções típicas e atípicas dos três Poderes tornam-se mais tênues e questiona-se mais o respeito ao princípio da separação dos Poderes, visualizando-se cada vez mais uma forte atuação do Poder Judiciário na definição dos rumos da sociedade.

Presencia-se atualmente uma “modernização” das atribuições dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, assim, uma flexibilização do dogma da sabedoria política do princípio da separação dos Poderes. Não se pode negar a cada vez mais constante produção legislativa do Executivo, por meio das famosas medidas provisórias, além da “legislação judicial” do Judiciário, com a prolação de decisões de caráter geral e abstrato, especialmente por meio do controle de constitucionalidade.²²

É dentro desse contexto de mudanças de paradigmas que a atuação do STF vem-se modificando e vem-se atribuindo cada vez mais importância aos seus julgados e à interpretação que é firmada por meio de suas decisões. Pode-se afirmar que hoje a Constituição é o que o STF diz que ela é! Prova maior disso é a implementação do sistema de súmulas vinculantes por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2.004.

A manutenção das decisões divergentes à interpretação do STF, último intérprete do texto constitucional, provocaria, além da desconsideração dessa decisão, a fragilização da força normativa da Constituição, que sucumbirá em razão de decisão de qualquer outro juiz ou tribunal, só porque firmada anteriormente ao posicionamento da Suprema Corte, adquirindo uma importância muito maior do que o entendimento da Corte.

O ação rescisória é o único meio de se manter a interpretação de uma norma infraconstitucional que a ajustou à ordem constitucional, realizada pelo próprio STF, guardião maior da Carta, ainda que a decisão rescindenda seja anterior ao seu posicionamento.

Dessa forma, não há melhor posicionamento do que a não aplicação do entendimento firmado pelo enunciado 343 do STF, seja qual for o tipo de decisão proferida pela Suprema Corte em que se firme a interpretação correta das normas constitucionais ou das infraconstitucionais à luz daquelas e independentemente de haver ou não suspensão de norma pelo Senado Federal, seja o efeito atribuído *ex nunc* ou *ex tunc*.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, 2008. p.156.

Respalda este posicionamento a importância que se tem atribuído à decisão do STF em controle incidental de constitucionalidade, pois já se firmou jurisprudência naquela Suprema Corte pela dispensa de respeito ao artigo 97 do CPC (cláusula de reserva de plenário) quando já há pronunciamento do STF acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (artigo 481, parágrafo único do CPC).²³

Acerca desta questão, muito bem explica Mendes, no livro Curso de Direito Constitucional:

Esse entendimento marca evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*.²⁴

Tal posicionamento apenas demonstra o que já defendia Barroso,²⁵ de que a decisão do Pleno do STF, seja em controle difuso ou concentrado, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos:

Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!

Como se percebe, esta é exatamente a situação das ações rescisórias interpostas pela Caixa Econômica Federal em face de julgados que transitaram em julgado anteriormente ao pronunciamento do STF no RE 226.855/RS, onde se reconheceu a

²³ RE 190.728, RE 191.898, AgRgAI 168.149.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2008. p.1084.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.122.

inaplicabilidade do IPC aos depósitos de FGTS nos meses de junho de 1987 (Plano Bresser), maio de 1990 e fevereiro de 1991 (Planos Collor I e II), por não haver direito adquirido aos depositários, face à natureza estatutária dos depósitos.

Apesar de não haver declaração de inconstitucionalidade das leis que fixaram os índices de correção monetária pelo Pretório Excelso, houve a interpretação da lei com base nas normas e princípios constitucionais, não se reconhecendo a aplicação do princípio constitucional do direito adquirido aos fundistas.

Por tal motivo, verifica-se equivocado o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar as ações rescisórias interpostas pela Caixa Econômica Federal,²⁶ pois dessa maneira, afasta a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal, mantendo decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional formulada e uma situação desigual para aqueles que se encontram na mesma situação jurídica.

Por isso, plenamente cabível a rescisória nesses casos, cabendo apresentar mais uma vez a conclusão de Zavascki:

E a consequência prática é que, independentemente de haver divergência jurisprudencial sobre o tema, o enunciado da súmula 343 não será empecilho ao cabimento da ação rescisória (juízo de admissibilidade). Mais que cabível, é procedente, por violar a Constituição, o pedido de rescisão da sentença (juízo rescisório), como corolário lógico e necessário, terá de se ajustar ao pronunciamento da Corte Suprema.²⁷

Essa já tem sido a postura adotada pelo STF ao julgar brilhantemente pelo cabimento da ação rescisória proposta pelo INSS, no Recurso Extraordinário, já citado neste trabalho, número 328.812/AM, afastando a aplicação do enunciado de Súmula 343.

E também julgando cabíveis ações rescisórias interpostas pela Caixa Econômica Federal, em face de decisões proferidas nas ações de correção das contas de FGTS com os chamados expurgos inflacionários, podendo citar um feito de considerável relevância julgado por meio do Recurso Extraordinário nº 540.496/MT, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem para julgamento da rescisória sem considerar a aplicação da Súmula 343, já que se trata de matéria constitucional.

Tal posicionamento ainda tem sofrido resistência no Superior Tribunal de Justiça, mas podemos citar um julgado favorável a essa tese, adotando integralmente os fundamentos do STF e determi-

²⁶ Citam-se como exemplo os julgados AgRgAI 928.977/SP, REsp 942.527/SP, AR 2.234/RS.

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. 2003. p.165.

nando o afastamento da Súmula 343 para o conhecimento da ação rescisória, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 985.680/ES, em que o Ministro relator reconsiderou a decisão anteriormente proferida para se adequar ao posicionamento da Suprema Corte.

Conclusão

Do exposto, conclui-se que, apesar do sistema constitucional brasileiro prestigiar enormemente o instituto da coisa julgada, esta não pode prevalecer em face de posicionamento posterior da Corte Máxima interpretando normas constitucionais.

Verifica-se que o posicionamento dominante, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência foi pelo afastamento do entendimento firmado na Súmula 343 do STF quando a matéria controvértida for de cunho constitucional.

Porém, esse posicionamento sucumbia quando a interpretação firmada pelo STF não se dava em uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, se a interpretação das normas constitucionais se desse por meio de julgamento do STF em face da apreciação de um caso concreto, poderiam os demais juízes e tribunais continuar a divergir da interpretação constitucional, sendo portanto incabível a rescisória de julgado que diferenciasse do que firmado pelo Corte Suprema.

Porém, conforme explicado, o Supremo vem firmando um novo entendimento, dando a dimensão devida aos seus julgados. Assim, independentemente do tipo de ação pela qual o STF manifesta-se, independente de se tratar de controle abstrato ou concreto de constitucionalidade, independentemente de declarar ou não norma inconstitucional, a partir do momento em que o Supremo interpreta uma norma da Constituição da República, ou uma norma infraconstitucional à luz da Carta Magna, deve ser esse posicionamento respeitado, e os demais julgados devem a ele se adequar, cabendo a interposição de ação rescisória para se efetuar a correção de julgados contrários, sendo assim afastado o entendimento concretizado na Súmula 343.

Só assim será dada a real importância que foi atribuída à Suprema Corte pela Constituição da República de 1.988, guardiã do respeito às suas normas, a supremacia destes enunciados e a força normativa que rege todo o ordenamento jurídico.

Ressalta-se que, mesmo diante da análise de um caso concreto, a manifestação da Suprema Corte, quanto ao que é compatível com a Constituição ou não, deve prevalecer. Dessa forma, se somente diante de um controle difuso de constitucionalidade, reali-

zado após diversas decisões de outros tribunais, o STF firmou qual é a melhor interpretação da norma à luz da Constituição, apenas o instituto da ação rescisória é capaz de adequar estas decisões a esse, que é o constitucional e que deve ser respeitado.

Não se pode admitir a manutenção de decisões de juízes e tribunais ordinários diretamente divergentes ao posicionamento do STF, diminuindo ou anulando a eficácia dessas últimas decisões em face das anteriormente firmadas.

Apenas para finalizar, cumpre citar a conclusão primorosa feita por Zavascki em seu trabalho, que reflete exatamente aquilo que restou delineado neste estudo:

Relativamente às normas constitucionais que têm supremacia sobre todo o sistema e cuja guarda é função precípua do Supremo Tribunal Federal, não se admite a doutrina da ‘interpretação razoável’ (mas apenas a melhor interpretação), não se lhes aplicando, por isso mesmo, o enunciado da súmula 343; (g) considera-se a melhor interpretação, para efeitos institucionais, a que provém do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, razão pela qual sujeitam-se a ação rescisória, independentemente da existência de controvérsia sobre a matéria nos tribunais, as sentenças contrárias a precedentes do STF, seja ele anterior ou posterior ao julgado rescindendo, tenha ele origem em controle concentrado de constitucionalidade, ou em controle difuso, ou em matéria constitucional não sujeita aos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade dos preceitos normativos.²⁸

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.
- GRINOVER, Ada Pelegrine. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.17, p.50-60, out-dez 1996.

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. 2003. p.173.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes.

LENS, Carlos Eduardo Thompson Flores. Ação Rescisória. Matéria Constitucional. Súmula 343 do STF. Afastamento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 95, p.203-5, jul-set. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY Jr, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIAZ, Lívia Cipriano Dal. Ação rescisória por violação a literal disposição de lei: a visão jurisprudencial e doutrinária da Súmula 343 do STF. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 147, p.233-43, 2007.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO Jr, Humberto. A Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, p.158-71, jul-set. 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 22, p.55-64, jan-mar. 1998.

_____ e MEDINA, José Miguel García. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 27, p.153-74, set-dez. 2003.

A relevância dos princípios negociais no descumprimento do contrato

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Advogada no Paraná

Doutora em Direito das Relações Sociais - PUC/SP

*Professora permanente do Programa de Mestrado em
Direito e Cidadania - UNIPAR*

Iliane Rosa Pagliarini

Advogada da Caixa no Paraná

Mestranda em Direito Processual

e Cidadania - UNIPAR

Especialista em Direito Tributário - UNAMA

RESUMO

A trajetória evolutiva do contrato, considerada em perspectiva sucinta, ampara a análise referente às modificações mais significativas em relação aos pactos, influenciados pelos movimentos da descodificação, limites impostos à autonomia privada, abertura sistêmica, metodologia dos princípios e cláusulas gerais. Do conjunto transformador emerge a nova feição do contrato, redefinido pela própria complexidade das relações sociais de massa, competente e suficiente para enfrentar a expansão econômica e as mais variadas intermitências decorrentes da faticidade negocial. O descumprimento do contrato enfrenta o território das cláusulas complexas e pré-fixadas, calibradas pela proteção contra a abusividade, enfatizando a eficácia da boa-fé objetiva e da função social do contrato como assegurada pela nova hermenêutica negocial.

Palavras-chave: Contrato. Cláusulas Gerais. Boa-fé. Descumprimento do Contrato.

ABSTRACT

The evolutionary trajectory of the contract, seen in brief perspective, seek refuge analysis regarding the most significant changes in relation to the pacts, influenced by movements of decoding, limits imposed on the private, systemic openness, principles and methodology of the general. Of all processors emerge feature of the new contract, redefined by the complexity of social relations of mass and competent enough to cope with economic expansion and the most varied intermitências arising from faticidade negotiations. The breach of contract faces the

territory of complex clauses and pre-set, calibrated for protection against abuse, emphasizing the effectiveness of good faith objective and the social function of contract Hermeneutic as guaranteed by the new negotiations.

Keywords: Contract. General Clauses. Good faith. Breach of Contract.

Introdução

O instituto do contrato vem sofrendo influências jurídicas, econômicas e sociais no curso da história. Com a Revolução Francesa são definidos os ideais liberais assegurando o direito de propriedade, a liberdade de contratação e plena autonomia da vontade.

Os eventos históricos demonstraram que o Estado, com as grandes crises ocorridas no mundo pós-guerra, não pode mais manter-se distante das relações negociais, pois a liberdade de contratação, por uma questão de sobrevivência da economia e da própria sociedade precisava ser contida. O Estado passa a agir em prol de políticas sociais e econômicas intervencionistas, passando por transformações e mudanças responsáveis pelo Estado Social.

Considerando as relações negociais, influenciadas pela globalização, pelo consumo de massa, pelas concessões de crédito, torna-se imprescindível analisar o instituto do contrato, seus modernos contornos e apreensão à luz dos preceitos constitucionais.

Com efeito, não se pode mais limitar a análise do contrato sob a ótica liberal arraigada à velha dogmática positivista e monista que não acompanhou as demandas sociais e econômicas da sociedade, de maneira que os problemas advindos da modernidade tais como as desigualdades sociais, a dominação econômica, cultural e tecnológica, o excesso de consumo e, por fim, o inadimplemento das obrigações contratuais, sejam efetivamente enfrentados de maneira que o homem e sua dignidade sejam constantemente observados.

Para compreensão da fase funcional pela qual passa o contrato, faz-se necessária uma abordagem sobre a queda do império das codificações, a abertura do sistema jurídico, os estatutos de direito privado, a ascensão dos princípios constitucionais, cláusulas gerais e sua consequente aplicação nas relações negociais.

1 Contrato: da codificação às cláusulas gerais

O Código Civil Francês representa a primeira grande codificação civilista, refletindo a vitória da burguesia revolucionária e consoli-

dando seus ideais políticos, sociais e econômicos como expressão de repulsa aos privilégios assegurados somente à nobreza no antigo regime. A aquisição da propriedade privada passa a ser um direito, assegurando a livre autonomia para contratar e para adquirir bens livremente.

O contrato, naquele período, representa o ponto máximo do individualismo, possuindo total validade e sendo obrigatório.

O Código Civil brasileiro de 1916 absorveu a influência do Code, considerando negócio jurídico todo ato lícito, capaz de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, aplicando-se aos contratos as disposições gerais do negócio jurídico, inclusive as regras sobre a capacidade do agente, forma, objeto e os vícios da vontade.

O direito civil brasileiro recepcionava, então, como princípios gerais contratuais a autonomia da vontade, sendo que a análise do contrato concentra-se na manifestação da vontade entre as partes e no exame dos vícios de consentimento; na força obrigatória, pois o contrato válido e eficaz faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), decorrendo desse princípio a intangibilidade do contrato, uma vez que não se pode alterá-lo unilateralmente e o juiz não pode intervir em seu conteúdo; na relatividade, representando a regra geral de que o contrato somente afeta aos partícipes do negócio jurídico realizado.

O século XIX é marcado pelo predomínio das codificações, formando um sistema fechado e auto-suficiente na esfera civil. Destaca Tepedino¹ que a Escola da Exegese “levou às últimas consequências o mito do monopólio estatal da produção legislativa”, de maneira que o direito a ser reconhecido é somente aquele que está normatizado na codificação civil, não se reconhecendo qualquer norma que fosse hierarquicamente superior ao Código Civil em questões patrimoniais.

A concepção de unicidade do fenômeno jurídico está vinculada duplamente. Por primeiro, ao pensamento de que o único direito existente é aquele elaborado pelo Estado, ou seja, o direito positivo, derivado diretamente do ente estatal que possui o monopólio sobre sua criação, interpretação e aplicação ao caso concreto. Na sequência, as codificações representaram a unicidade do sistema de direito civil.

¹ TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa.** (Trabalho apresentado no painel Crise das Codificações, no âmbito da XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no campus da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999). p.2.

A eficácia e império do direito positivo se devem ao poder que o Estado possui de aplicá-lo de forma coercitiva. Nessa linha de entendimento, constata-se ser o Estado indispensável para existência do próprio direito, eis que o direito acreditado pela sociedade é somente aquele advindo do ente estatal, considerados com pequena relevância os costumes e às leis morais.

A consolidação do raciocínio de que o único direito existente é aquele posto pelo Estado é fruto da evolução do pensamento filosófico, do momento histórico em que a burguesia precisava de um Estado efetivamente forte e garantidor de seus interesses. Coelho ao comentar sobre a concepção monista e estatal do direito, destaca:

Quando a separação entre o direito e a moral foi elaborada pela filosofia à época do Iluminismo, teve o objetivo político de afirmar a liberdade individual perante o absolutismo, mas o efeito ideológico foi o de substituir a opressão escancarada de uma nobreza decadente pelo absolutismo de uma forma de controle social que interessava à dominação burguesa que se consolidava: a opressão de seu direito, a opressão de sua sociedade estatal, direito que deve ser aceito como a única realidade jurídica, e sociedade que deve ser vivida como a melhor, pois é dirigida pelo direito do Estado, o qual é Estado de direito.²

O modelo jurídico surgido na Europa no final do séc. XVI e início do séc. XVII, em decorrência de grandes transformações que vinham ocorrendo: alteração do modo de produção feudal para o sistema do comércio, acarretando alterações nas relações de trabalho, negociais e sociais, tendo em vista a forte ascensão da classe burguesa. Visava a legitimar os ideais da classe burguesa, bem como adequar o modo de produção ao sistema capitalista, surge, então, o liberalismo, refletindo uma nova compreensão filosófica para o momento histórico que se vivia. A filosofia de Thomas Hobbes e John Locke vem para fortalecer os ideais burgueses, defendendo-se um Estado forte, totalitário e contratualista.

Tal cenário somente começa a ser alterado na Europa no início do século XX, e no Brasil após a década de 30, quando o Estado, por premente necessidade, começa a intervir na economia e a restringir a autonomia privada.

O Código Civil deixa de representar a norma exclusiva sobre direito privado e, segundo Tepedino, passa a coexistir com a legislação especial que vem para "disciplinar as novas figuras emergen-

² COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.414.

tes na realidade econômica e não previstas pelo codificador”, pois diante da realidade que se apresenta o Estado passa a ser “agente de promoção de valores e políticas públicas”³ permitindo, dessa forma, o surgimento de diversos estatutos, tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Cidade entre outros.

Além de toda normatização esparsa, agregam-se, ainda, as normas supranacionais constituídas por tratados, pactos, regulamentos de mercados, convenções, fazendo surgir questões quanto à graduação hierárquica dessa pluralidade de fontes normativas.

Para Jayme existe atualmente uma cultura jurídica pós-moderne, que se caracteriza pelos fenômenos do pluralismo, da comunicação, da narrativa e do retorno aos sentimentos.⁴

Por óbvio, o pluralismo representa as múltiplas fontes normativas, que também trazem em seu contexto vários sujeitos a serem protegidos, como nos direitos coletivos ou individuais homogêneos, ou, ainda, por vezes, sujeitos indeterminados, como nos interesses difusos. Destaque-se que a multiplicidade pode ser dos agentes ativos, a quem se procura imputar a responsabilidade⁵. A comunicação está associada à valorização do direito como instrumento de comunicação e informação e a com a narrativa, reconhece-se a existência de normas que não criam deveres, mas que simplesmente descrevem valores. Por sua vez, pretende, com o fenômeno do retorno aos sentimentos, o resgate à dignidade e aos direitos humanos.

Poder-se-ia pensar, *a priori* que tais fenômenos são utópicos e que não se aplicam ao Direito Civil, em especial às relações negociais. Contudo, as premissas acima podem ser, e o são, desenvolvidas pelo legislador e pelo intérprete através da técnica das cláusulas gerais para acompanhar e evitar lacunas causadas no decorrer da evolução da sociedade e de suas formas de negociação.

1.1 Cláusulas contratuais gerais

O domínio da estruturação do Direito em codificações civis acaba por retratar um modelo social anterior a sua vigência. Por ser produto histórico de uma sociedade passada, não acompanha os avanços práticos das relações negociais, pois o mercado, com o passar dos anos foi desenvolvendo tipos contratuais não previstos na legislação. Nessa linha de raciocínio, pondera Cordeiro:

³ TEPEDINO, Gustavo. 1999, p.5.

⁴ Apud TEPEDINO, Gustavo.1999, p.6-8.

⁵ Nesse sentido há previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor.

No tocante às diversas figuras contratuais previstas no Código, a passagem do tempo deixou marcas importantes. Todavia, elas foram sendo ultrapassadas pela liberdade contratual. O mercado foi desenvolvendo tipos contratuais não previstos na lei e foi, ainda, associando múltiplas figuras contratuais, de modo a compor contratos mistos. No domínio da formação do contrato, os esquemas pandectísticos também foram dobrados pela prática. Isso sucedeu, porém, em moldes que o próprio sistema não comportava, inicialmente.⁶

Com razão o autor, pois efetivamente a autonomia da vontade aliada às novas demandas faz surgir tipos diferenciados de contratos, os quais não estão previstos expressamente pela norma civil, mas que não perdem a sua validade e eficácia, uma vez que as partes contratantes precisam solucionar seus pontuais problemas sem ter que esperar que o legislador lhes diga como agir para tanto.

A importância das cláusulas gerais já pode começar a ser compreendida, pois como dito acima, elas acompanham e evitam as lacunas causadas no decorrer da evolução da sociedade e de suas formas de negociação.

Em relação ao novo Código Civil brasileiro, Tepedino tece sua análise crítica quanto ao fato de o projeto ser da década de 70 e por reproduzir a mesma técnica legislativa do século passado:⁷

O Código projetado peca, a rigor, duplamente: do ponto de vista técnico, desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década. Demais disso, procurando ser neutro e abstrato em sua dimensão axiolóxiolo, como ditava a cartilha das codificações dos Séculos XVIII e XIX, reinstitui, purificada, a técnica regulamentar.⁸

A atualidade demonstra o surgimento de um aumento extraordinário de negócios jurídicos de massas, instantâneos, necessitando ser assim concretizados pela rapidez exigida pelo desenvolvimento econômico, tecnológico e social.

⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.412.

⁷ Em sentido contrário, entendendo que o novo Código Civil contempla as cláusulas gerais, COSTA, Judith Martins: O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, p.129-54).

⁸ TEPEDINO, Gustavo. 1999, p.9.

Essa diversidade de esquemas negociais pode ser analisada em dois momentos: o primeiro, quando a liberdade de estipulação é limitada ao aceite ou recusa da proposta, inexistindo, portanto, discussões ou contrapropostas; o segundo momento se apresenta quando a própria liberdade de contratação passa a ser meramente teórica, sem que haja um efetivo pensar sobre uma possível relação jurídica e muito menos uma manifestação de vontade.⁹

A realidade demonstra que as ofertas negociais são destinadas às pessoas indeterminadas, as quais, se decidirem contratar de verão aderir aos termos préfixados e por meio da adesão, não havendo, portanto negociação individual de maneira que o sujeito interessado, apenas se manifestará pelo sim, ou pelo não. Se aceitar, recebe todos os termos contratuais, não podendo modificá-lo. Se discordar de alguma cláusula, o único manifesto que poderá fazer é não contratar.

Além da generalidade e da rigidez, pode-se destacar outras características referentes às cláusulas contratuais standartizadas, tais como a desigualdade entre as partes (superioridade econômica ou técnica em detrimento ao aderente); a complexidade representada pelas minúcias expressas no contrato; e a natureza formulária, pois geralmente constam em documentos escritos em que o aderente limita-se a especificar sua identificação. Apesar dos aspectos mencionados, Cordeiro, de forma competente, destaca a relevâncias das cláusulas préfixadas:

A manutenção efectiva de negociações pré-contratuais em todos os contratos iria provocar um retrocesso na actividade jurídico-económica em geral. A quebra nos mais diversos sectores de actividade seria inimaginável, pois a rapidez e a normalização seriam postas em crise. Todos seriam prejudicados.¹⁰

As cláusulas predefinidas são formas de enfrentamento das necessidades da sociedade moderna que exigem rapidez nas relações negociais. Entretanto, deve ser reconhecido que tais cláusulas potencializam o abuso por parte do ente mais forte econômica-

⁹ Para CORDEIRO, António Menezes., esse comportamento mecânico, sem um efetivo pensar, é denominado de comportamento concludente. O autor cita como exemplo: “à pessoa que penetre no cais do metropolitano, aplica-se, desde logo, o competente regime negocial: não cabe, em princípio indagar de qualquer vontade de celebrar o correspondente contrato de transporte” (2000, p.414). E por fim, conclui: “As pessoas podem pautar as suas condutas por hábitos, por actuações instintivas, porventura mesmo pelo acaso, sem que o Direito as obrigue a uma permanente vigilância jurídica” (2000, p.415).

¹⁰ CORDEIRO, António Menezes. 2000, p.418.

mente, não podendo o Direito desconhecer esses problemas, próximos da rotina do trânsito jurídico.

Ao longo do século XX as questões atinentes às cláusulas contratuais gerais foram desenvolvidas no Direito Continental, sendo que sua evolução pode ser visualizada em quatro fases, conforme preleciona Cordeiro:

A primeira refere-se à aplicação das regras gerais às cláusulas contratuais gerais desconhecidas. “Apelava-se para a boa-fé, os bons costumes, o erro, o dolo etc, contudo, a utilização dessas regras aplicáveis às relações negociais comuns, era injusta e inconveniente, pois equivale a tratar de modo igual os que têm diferenças.”¹¹

Na segunda fase, predomina a manifestação dos tribunais, buscando, através da jurisprudência, soluções adequadas ao caso concreto. “Embora as decisões tivessem fundamento nos princípios gerais, já reconheciam a existência de regras autônomas. Assim, pela manifestação jurisprudencial foram conquistadas a exclusão de cláusulas não-cognoscíveis e a invalidação de cláusulas despropositadas”.¹²

A terceira, diz respeito a pequena referência legal, corresponde ao sistema italiano que no artigo 1341 do Código Civil de 1942,¹³ expressa a ineficácia das cláusulas que são impossíveis de serem conhecidas pela parte aderente e que incentivam o conhecimento por parte do aderente das cláusulas que possam lhe ser prejudiciais.

Por fim, a quarta fase abordada por Cordeiro “refere-se ao regime legal completo, pelo qual a História demonstra que as questões referentes às cláusulas contratuais gerais devem ser enfrentadas com um corpo adequado de regras”, materializando-se nos diversos países através da tutela ao consumidor.¹⁴

No Brasil, o Código Civil de 1916 representou, conforme expressa Nalin a “espinha dorsal do sistema jurídico privado, trazendo um modelo absoluto de contrato fortemente vinculado na manifestação dogmática da vontade dos contratantes,”¹⁵ pois mesmo

¹¹ CORDEIRO, António Menezes. 2000, p.419.

¹² CORDEIRO, António Menezes. 2000, p.419.

¹³ “Embora a mais célebre cláusula geral, a da boa-fé objetiva, posta no parágrafo 242 do Código Civil Alemão seja datada no século passado, esta técnica difundiu-se na codificação que vem sendo levada a efeito, nos vários países da civil law, a partir do final dos anos 40. Esgotado o modelo oitocentista da plenitude ou totalidade da previsão legislativa, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem técnica e científicas que vêm mudando a face do mundo desde o após-guerra iniciou-se, em alguns países da Europa, a “época das reformas nos Códigos Civis”, Exemplificativamente a Itália, em 1942, Portugal, em 1966, a Espanha, em 1976 e, mais recentemente, a Grécia”. (COSTA, Judith Martins, 2000, p.2, nota 13).

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes. 2000, p.421-2.

¹⁵ NALIN, Paulo. **Do Contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p.77.

que uma cláusula disposta no contrato fosse abusiva, não seria invalidada, uma vez que foi livremente contratada.

O novo Código Civil traz inovações que, embora não sejam renovadoras do pensamento contratual contemporâneo, se comparado com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, são importantes, em especial no que se refere à função social do contrato, à isonomia e à boa-fé a ser observada pelos contraentes antes, durante e após a contratação.

O enfoque das cláusulas gerais como técnica legislativa é trazido por Costa:

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado que queria a lei “*clara, uniforme e precisa*”, como na célebre dicção voltaireana foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana.¹⁶

Para a autora, os códigos civis mais recentes privilegiam a inclusão de normas que fogem ao padrão tradicional, eis que buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”.

Gagliano; Pamplona Filho, destacando a importância dos princípios da função social do contrato, da equivalência material e da boa-fé objetiva, asseveraram:

De fato, a grande contribuição da doutrina civil moderna foi trazer para a teoria clássica do direito contratual determinados princípios e conceitos, que, posto não possam ser considerados novos, estavam esquecidos pelos civilistas.

Como se pode notar, trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa.¹⁷

¹⁶ COSTA, Judith Martins, 2000, p.1.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil:** contratos (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva, 2005. p.49.

Observa-se que as cláusulas gerais por possuírem grande abertura semântica, não pretendem trazer respostas prontas para os problemas da realidade, pois o que se espera é que as soluções e interpretações sejam progressivamente construídas pela prática pontual de solução dos conflitos que se apresentarem.

As cláusulas gerais ampliam as possibilidades e poderes do julgador para apreciação do caso concreto. A superação do método lógico-dedutivo da subsunção permite ao magistrado, além da invocação da disciplina normativa codificada, buscar, através do diálogo das fontes, utilização de valores e padrões metajurídicos, um novo direito decorrente da hermenêutica contemporânea, definindo os parâmetros do que foi previsto de forma aberta pela cláusula geral.

O Código Civil, na contemporaneidade, para Costa, “não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista”. Assim, sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos e sua linguagem, diferentemente dos códigos penais, “não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística.”¹⁸ Finaliza a autora:

Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos mesmo os extra-jurídicos e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.¹⁹

Efetivamente, o atual Código Civil em seu Título V, Capítulo I, traz as disposições gerais sobre os contratos nos artigos 421 a 426, onde preceitua, além da função social do contrato e da boa-fé, sobre os contratos de adesão.²⁰

Em síntese, as cláusulas gerais são condições de possibilidades para a efetivação de interpretação diferenciada pelo julgador na apreciação do caso concreto promovendo a ruptura definitiva em relação à unicidade das codificações pretéritas.

¹⁸ COSTA, Judith Martins. 2000, p.1.

¹⁹ COSTA, Judith Martins. 2000, p.1.

²⁰ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

2 Do descumprimento do contrato: impactos econômico e social

A importância do contrato como instrumento de circulação de riquezas, expansão econômica, globalização e (des)inclusão social se faz perceber na medida em que, embora efetivem-se limitações, interferências do Estado, proteção ao consumidor, através dos anos o instituto se fortalece e consolida-se no meio negocial.

As formas de contratação estão cada vez mais modernas, e, mesmo a existência de cláusulas complexas, préfixadas, não compreendidas ou, até, desconhecidas, não representam obstáculos à contratação.

As declarações de vontades convergentes fazem do contrato um “processo formativo alongado, tornando-se necessário procurar o ponto de consenso entre os celebrantes, portadores de interesses opostos, os quais precisam ser harmonizados.”²¹

Com efeito, a formação do negócio jurídico pode exigir complexas atividades preparatórias ou, ao contrário, formar-se plenamente por meio de um simples assentimento, ou ainda, materializar-se em uma ação do sujeito que deseja contratar (como a compra de produtos em máquinas, na qual somente deve-se colocar o dinheiro, o ato de entrar em um transporte coletivo etc). De uma forma ou outra, realizada a pactuação, o objetivo final é o cumprimento com o alcance dos efeitos pretendidos. Não raro, a práxis negocial demonstra que as facilidades para contratação não asseguram o cumprimento do pacto.

No setor do comércio, levantamento feito pelo SEBRAE de São Paulo, indica que as principais causas da inadimplência²² pelos consumidores são: dificuldades financeiras pessoais que impossibilitam o cumprimento de obrigações; desemprego; falta de controle nos gastos; compras realizadas para terceiros; atraso no recebimento de salários; comprometimento da renda com outras despesas; re-

²¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. 2000, p.347.

²² Uma pesquisa realizada pela Telecheque - empresa que reúne um dos maiores bancos de dados sobre inadimplência no país o maior problema dos brasileiros inadimplentes ainda continua sendo o **descontrole financeiro**, apontado por 29% dos pesquisados. Segundo a pesquisa - as razões da inadimplência: 1 – empréstimos de cheques – 13%; 2 – descontrole com as finanças – 29%; 3 – atraso salarial – 12%; 4 – desemprego – 9%. Perfil do consumidor inadimplente: 51% dos inadimplentes são mulheres; 41% casados; 66% têm idade entre 21 a 40 anos; 38% concluíram o Ensino Médio; 50% se tornaram inadimplentes com compras entre R\$ 50 e R\$ 200; Estados brasileiros que concentraram grande parte dos inadimplentes: São Paulo (20%), Rio de Janeiro (15%), Minas Gerais (12%), Rio Grande do Sul (7%) e Ceará (6%). In: <<http://www.acessa.com/negocios/arquivo/economia/2004/10/29-inadimplencia/>> Acesso em: 04.08.2008.

dução da renda; doenças; uso do dinheiro com outras compras; e por fim, a má-fé.²³

A pesquisa do SEBRAE, ao indicar a má-fé como o último dos fatores, dentre as principais causas da inadimplência, desperta para a reflexão da boa-fé como parte do próprio ambiente negocial, permitindo o entendimento de que a má-fé representa fator de exceção. Sendo assim, a incidência da má-fé como fato determinante do não cumprimento do pacto está limitada na prática pela estrutura moral e ética tradicionais e próprias do trânsito negocial. A obtenção do crédito, a manutenção do crédito, o cadastro idônneo, indispensável para as compras a prazo, tão usual nesta quadratura negocial, revelam a necessidade da manutenção do *status* do bom contratante. O novo perfil das partes contratantes, quer no contrato individual, quer nos contratos coletivos e de massa, exige como parte integrante do negócio a idoneidade das partes e do próprio negócio.

A fidedignidade e a boa-fé das práticas comerciais foram transportadas e absorvidas pelo ambiente contratual. A efetividade da boa-fé chega, em certos seguimentos, a fundir-se com o próprio princípio da boa-fé objetiva.

No setor bancário conforme informações do Banco Central, a inadimplência caiu de 4,3% no final de 2007 para 4% em junho de 2008, sendo esta a menor taxa desde agosto de 2005, que foi de 3,9%. Para Cucolo (2008, p.1) parte desse movimento se deve a uma operação de securitização, "na qual uma instituição financeira vende uma parcela dos seus empréstimos inadimplentes para uma empresa que irá assumir essa cobrança,"²⁴ pois, "sem essa operação, a inadimplência estaria em 4,2%".

Os dados do Banco Central são contestados pela Associação Comercial de São Paulo (ACSP), para quem a inadimplência do brasileiro é praticamente o dobro da apontada pelos índices oficiais. Para o economista-chefe da ACSP, Marcel Solimeo "o crédito consignado está mascarando o real tamanho da inadimplência do consumidor", uma vez que a relativa estabilidade da inadimplência apontada pelos dados do BC não é resultado do aumento do nível de emprego, mas do efeito do crédito consignado, que responde pela maior parte dos recursos emprestados para pessoas físicas.²⁵

²³ SEBRAE, 2008.

²⁴ SEBRAE, 2008.

²⁵ Na análise do economista Humberto Veiga, consultor para o sistema financeiro da Câmara dos Deputados, a linha de crédito com a taxa de inadimplência mais elevada hoje é a do cartão de crédito. Em maio, a inadimplência do cartão acima de 90 dias estava em 25,23%, ante 7,3% para a média da pessoa física e 23,5% no mesmo período do ano passado para o cartão de crédito, segundo o BC.*In:* Notícia:

O descumprimento dos contratos é um fator concreto que atinge não somente as relações contratuais de consumo, mas também os contratos de importação, exportação, prestação de serviços, fornecimento de produtos, etc. A título ilustrativo, destaca-se a notícia veiculada na internet pelo jornal **Gazeta Mercantil** sobre a inobservância do contrato de fornecimento de biodiesel:

A Petrobras silenciou-se ontem ao ser questionada sobre qual o volume de biodiesel que encontra-se em seus estoques estratégicos. As distribuidoras afirmam que, desde o começo do ano, esses estoques estão sendo utilizados para cumprir a mistura obrigatória de 2% de biodiesel no diesel, pois a inadimplência na entrega do biocombustível não acabou. Mas, desde maio, o quadro vem se agravando e mais de 30% do consumo mensal estaria saindo desses estoques estratégicos, segundo o vice-presidente do Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (Sindicom), Alírio Vaz. "Em julho a situação está pior e o descumprimento de contratos das usinas está 'bem' superior a 30%, diz Vaz. No ano passado, antes da entrada em vigor da mistura obrigatória, a inadimplência das usinas atingiu 55%. Na primeira semana de janeiro, também os primeiros sete dias do programa, o calote estava em 20% e a Petrobras detinha 25 milhões de litros em estoque, segundo informações da própria Petrobras concedidas à **Gazeta Mercantil** e publicadas no dia 9 de janeiro.²⁶

Interessante perceber a relevância do princípio da relatividade, o qual originariamente representava a regra geral de que o contrato somente afeta aos partícipes do negócio jurídico realizado, sendo que atualmente se verifica que um contrato padronizado que contenha alguma cláusula abusiva constitui em violação desfavorável que atinge toda a coletividade de pessoas que aderiram ao instrumento negocial.

Para Lisboa, as cláusulas abusivas atingem “todas as pessoas que são expostas a esse tipo de oferta ou publicidade para contratação (interesse difuso, nos moldes do art. 29, Lei 8.078/1990).”²⁷

Inadimplência ‘real’ é o dobro da ‘oficial’, diz ACSP.09 de julho de 2008 às 11:22, G1-Economia e Negócios. <http://www.administradores.com.br/noticias/inadimplencia_real_e_o_dobro_da_oficial_diz_acsp/15878/>. Acesso em: 04.08.2008.

²⁶ BATISTA, Fabiana. Inadimplência do biodiesel sobe e setor queima estoques. **Gazeta Mercantil**, 18/07/2008. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/noticias/biodiesel/_inadimplencia-biodiesel-sobe-setor-queima-estoque-18-07-08.htm>. Acesso em: 04.08.2008.

²⁷ LISBOA, Roberto Senise. Dos contratos em geral. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et. al. (Org.). **Comentários ao Código Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.465.

O contrato descumprido afeta a coletividade com a elevação de preços dos produtos e serviços, com a alta dos juros bancários, com as exigências cada vez maiores de garantias contratuais, com o aumento de demandas judiciais e por fim, contribui para a sensação coletiva de insegurança.²⁸

É nessa realidade do descumprimento dos pactos, formalizados tanto entre grandes corporações ou médios e pequenos contratantes, constata-se a necessidade de apreciação pelo julgador do conflito de interesses fundado nas bases da nova ordem contractual. Definitivamente, a exegese anterior interpretando do caso concreto feita sob a ótica do dogma da vontade e da força intangível do pacto, não responde e tão pouco soluciona os problemas advindos desse universo pós-moderno de negociação.

Assim, para atender o crescimento expressivo das demandas com implicações na esfera contratual, impõem-se o respeito à dignidade da pessoa contratante. O comando constitucional para a Ordem Econômica designa o contratante com pontualidade objetiva.

A previsão constitucional do artigo 170 da Magna Carta é, inegavelmente, núcleo de revalorização do sujeito, aquele mesmo espectador dos fins práticos. A ordem econômica constitucional torna assentar a dignidade humana do sujeito para então, recolocá-lo nos diversos lugares que realmente ocupa em sociedade. Assim, o primeiro sujeito nomeado pela ordem, é o trabalhador, seguido do empresário, aquele da livre iniciativa, quiçá o empregador. A esses sujeitos a promessa de segurança e esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada. Na indicação do cardápio principiológico do artigo 170, e incisos, o sujeito é eleito, sem dúvida, o titular dos ditames da justiça social; define-se como cidadão no âmbito da soberania nacional, seguido do sujeito-proprietário da propriedade privada e funcionalizada. Por fim, o sujeito-consumidor, de bens, serviços, valores, princípios e justiça social. Não há no ordenamento jurídico pátrio similar contemplação do sujeito, contextualizado vezes tantas, como sujeito de titularidades, como defende Luiz Edson Fachin.²⁹

²⁸ Não é demais lembrar a crise ocorrida nos Estados Unidos da América causada pela inadimplência em massa dos contratos de financiamento imobiliários, que refletiu negativamente em vários setores da economia americana e por fim atingiu as economias de outros países.

²⁹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. In: **Argumentum** - Revista de Direito da Faculdade de Direito da UNIMAR. Volume 5. Marília: UNIMAR, 2005. p.86.

Cabe reafirmar que no descumprimento do contrato na apreciação do caso concreto, o juízo de valor do magistrado que efetivamente aprecia e julga necessariamente as cláusulas gerais e os princípios constitucionais são âncoras hermenêuticas, indispensáveis para a solução dos conflitos contextualizados pelos padrões da complexidade das relações negociais.

3 Aplicação das cláusulas gerais e dos princípios da nova ordem contratual

Na atualidade, os princípios representam a base sólida para o desenvolvimento teórico e jurisprudencial. Aos princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos do contrato faz-se uma nova interpretação, agregando os princípios da ordem contratual vigente tais como a boa-fé objetiva, função social do contrato e a equidade.

As transformações ocorridas refletiram no contrato, exigindo o redimensionamento do instituto, que, segundo Lisboa “se revela como categoria jurídica com novos princípios e contornos”.³⁰

Doutrina e jurisprudência consolidam a normatividade dos princípios, com ênfase especial no âmbito contratual, para os princípios da dignidade da pessoa, da solidariedade, da função social e boa-fé objetiva, sendo-lhes conferida “eficácia imediata nas relações de direito civil”, conforme assevera Tepedino.³¹

Pondere-se que tais princípios podem ser considerados cláusulas gerais³² e que ao julgador na decidibilidade do conflito negocial caberá sopesar os efeitos e reflexos do contrato em relação à sociedade, ao meio ambiente, às relações de trabalho e outros. A invocação das cláusulas gerais, em circunstâncias que tais, reveste-se de funcionalidade própria das “metanormas”, como denominadas por Costa:

Na verdade, por nada regulamentarem de modo complexo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante mar-

³⁰ LISBOA, Roberto Senise. 2000, p.76.

³¹ TEPEDINO, Gustavo. 1999, p.12.

³² Nessa linha de entendimento manifestam-se Pablo Stolze e Roberto Pamplona Filho (2005, p.50): “(...) entendemos que a boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada) sem prejuízo de podermos também admitir a sua força principiológica, que já encontrava assento na própria Constituição Federal”.

cardele logo esse ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social.³³

As reflexões apontam para a importância e relevo do papel hermenêutico, desenhado a partir da relevância desempenhada pelas cláusulas gerais no âmbito do processo negocial. Descabem reflexões insustentáveis acerca da adoção das cláusulas gerais por serem conceitos abertos, capazes de gerarem insegurança jurídica de par com o poder discricionário do julgador. Trata-se, em verdade, de processo construtivo em constante atividade e renovação jurisprudencial, acrescidos da contribuição doutrinária qualificada, ampliando as possibilidades da nova interpretação.

Por derradeiro, o resgate dos princípios contratuais, incluídas nesta dimensão as cláusulas gerais, harmonizando para vincular as diretrizes fundamentais do Direito Civil ao texto constitucional.³⁴

3.1 O papel central da Constituição

No auge do liberalismo havia uma clara dicotomia entre o Direito público, o qual se entendia que era destinado a tratar sobre as questões referentes ao Estado, e o Direito privado, incumbido das relações privadas patrimoniais.

Numa época em que o individualismo era concebido isoladamente no espaço social e político e a sociedade e o Estado eram considerados dois mundos separados e estanques, cada um governado por uma lógica de interesses própria e obedecendo, por isso, respectivamente, ao direito privado ou ao direito público, não admira que os direitos fundamentais pudessem ser e fossem exclusivamente concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado.³⁵

Essa separação entre o público e o privado objetivava garantir o ideal burguês de liberdade e autonomia da vontade, contudo, como demonstrou a História, foi necessário que o Estado passasse a intervir na economia e nas relações negociais privadas, na fase co-

³³ COSTA, Judith Martins. 1999, p.299.

³⁴ Importante obra a respeito do tema é “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, de Claus-Wilhelm Canaris com tradução para o português feita em parceria pelos juristas Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, da Editora Almedina.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de.. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Organizador) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.271.

nhecida como a do “Estado Social”, para garantir a existência de direitos sociais, econômicos e culturais.

Como bem destaca Ritt, “a valorização de princípios como o da dignidade da pessoa humana - que recebeu, inclusive, tutela constitucional, da igualdade (real) entre os sujeitos, da boa-fé objetiva, por meio da intervenção estatal”, foi fundamental para o desaparecimento da separação existente entre o Direito público e o privado, reconhecendo-se, pois, que “ambos os institutos visam a efetivação dos princípios constitucionais, notadamente a pessoa humana – dotada de dignidade e de necessidades – recebe destaque no vértice do ordenamento jurídico”.³⁶

Os princípios constitucionais e as cláusulas gerais, conforme a própria natureza jurídica, têm aplicabilidade assegurada independentemente da origem da relação negocial, sejam elas de direito público ou de direito privado. Para Nalin³⁷, a situação das relações negociais sensibiliza o julgador sobre a possibilidade de o julgador interpretar o contrato “não exclusivamente à luz do império do dogma da vontade”, mas “fazer a leitura constitucional do Direito Civil.”³⁸

Esta nova realidade contratual se distancia do individualismo e da grande valoração patrimonial que marcava o Código civil de 1916 e que ainda se encontra presente no atual Código civil, buscando adequar os contratos atuais aos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. É através desta nova visão dos contratos que se busca estabelecer o conceito de contrato pós-moderno. Contrato este que deve ser funcionalizado e permeado pela ótica solidarista da Carta Magna.³⁹

³⁶ RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A influência da constitucionalização do Direito privado nas relações contratuais.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas_arquivos/privado.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2008. p.8-9.

³⁷ NALIN, Paulo. 2001, p.124.

³⁸ “Num primeiro momento, cabe mencionar que, apesar de serem tratados como sinônimos, os conceitos de constitucionalização do Direito privado e de publicização do Direito Civil não são sinônimos. A segunda expressão é o processo de intervenção estatal, caracterizada também pelo dirigismo contratual, principalmente no âmbito do Poder Legislativo, limitando a autonomia privada, a fim de proteger a parte hipossuficiente da relação, enquanto que a constitucionalização do Direito Civil é mais do que um critério hermenêutico, pois constitui-se na etapa mais importante do processo de transformação ou de mudanças de paradigmas do Estado Liberal para o Estado Social” (LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>. 2000>. Acesso em: 17.10. 2005, apud RITT, 2008, p.9).

³⁹ ZINN, Rafael Wainstein. **O contrato em perspectiva principiológica.** In: ARONE, Ricardo. (Organizador). Estudos de direito civil – constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. I p.88.

Nesse sentido, os princípios aplicáveis aos contratos terão uma nova dimensão, eis que serão norteados pelas diretrizes constitucionais que primam pela dignidade da pessoa humana, pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva.

Destaca-se que, do princípio da boa-fé objetiva e justiça contratual, derivam os princípios da transparência, confiança e equidade para concretizarem o objetivo constitucional de “um contrato solidário e socialmente justo.”⁴⁰ Para o autor, a vontade não é mais o fator preponderante do contrato, pois, agora, este espaço é da boa-fé contratual:

Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar, por outro lado, quanto maior o distanciamento sócio-econômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para, histórica e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio.⁴¹

A justiça contratual que se objetiva é a comutativa, de forma que cada contratante receba de forma equivalente o que entregou, afastando a abusividade de cláusulas contratuais, permitindo a revisão da avença visando manter o equilíbrio da contratação.

É nesse contexto de comutatividade contratual que o princípio da equidade, como fundamento da justiça contratual, deve permear o contrato, não sendo apenas um instrumento de supressão das lacunas da lei, pois o juiz deverá utilizar seu senso de equidade “quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguindo à lei, conduzem a consequências iníquas” (PERELMAN, 1996, p.163 *apud* NALIN, 2001, p.143).

Ainda, decorre do princípio da boa-fé objetiva a transparência, representada no dever de informação entre as partes da relação negocial. Na observância do princípio da transparência, as partes, sobretudo aquela que detém o poder econômico e que predispõe as cláusulas do contrato, deverão agir com lealdade, eliminando-se a linguagem que não seja clara, consagrando a confiança na relação negocial. Sobre a transparência e seu desdobramento, destaca Paulo Nalin:

⁴⁰ NALIN, Paulo. 2001, p.137.

⁴¹ NALIN, Paulo. 2001, p.138.

E a confiança contratual nunca se fez tão importante, uma vez que cresce o desestímulo à leitura do instrumento previamente redigido, em face da incapacidade do aderente em alterá-lo, pois inexistente o poder de negociação. Do que adianta ler, se não posso modificá-lo? Assino-o e consumo o bem da vida! A confiança negocial há de ser garantida pelo respeito ao princípio da transparência (2001, p.147).

A informação, fator importante, não basta simplesmente constar do contrato, deve ser apresentada de forma clara e objetiva, possibilitando aos contratantes entender os termos, o objeto, as condições e os efeitos do que vai contratar. A importância da confiança, da transparência e da informação, avultam em significado frente à padronização dos contratos, considerando a supressão do iternegocial e a predisposição de cláusulas, inviabilizando a discussão do conteúdo do negócio jurídico, restando ao aderente a possibilidade de aceitar todas as disposições ou não contratar.

A despeito dos contratos de massa padronizados, cabe ressaltar que a autonomia da vontade passou por várias fases de redefinição, restando limitada pelo interesse público, pela dignidade da pessoa (contratante), pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva. “Como fato social, o negócio jurídico é instrumento fundamental de distribuição e de riqueza. Isto significa que o fundamento básico da vinculatividade não está na autonomia da vontade mas no princípio de tutela da boa-fé”.⁴²

O princípio da igualdade ganha novos contornos, pois a igualdade contratual no modelo clássico é eminentemente formal, havendo apenas um equilíbrio abstrato entre os contraentes. Assim, ante a real desigualdade econômica e social existente entre as partes, torna-se imperativo reconhecer que uma parte na relação negocial é mais forte que a outra, eis que detém as informações e o poder econômico. Diante desse quadro de efetiva desigualdade, agora reconhecida, efetiva-se a proteção do hipossuficiente (SENISE, 2000, p.85).

O princípio da obrigatoriedade, arraigado à força obrigatória dos contratos, no sentido de que faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), apregoava sua intangibilidade, uma vez que não se podia alterar unilateralmente o seu conteúdo e o Poder Judiciário não podia intervir em suas cláusulas. Não há como conceber tal princípio senão analisando-o à luz da justiça contratual, uma vez que as cláusulas abusivas podem e devem ser declaradas nulas, assim como ante o desequilíbrio das prestações, o contrato pode ser reajustado⁴³.

⁴² NORONHA *apud* NALIN, Paulo. 2001, p.139.

⁴³ GHESTIN *apud* NALIN, Paulo. 2001: “só o contrato justo obriga” (p.144).

3.2 Eficácia processual das cláusulas gerais e dos princípios contratuais da pós-modernidade

A aplicação das cláusulas gerais remete, primeiramente, para a desvinculação do pensamento pretérito da técnica da subsunção, pois efetivamente por serem abertas, as cláusulas gerais não vêm previstas aos casos que deverão ser aplicadas.

Por sua vez, as partes que firmam um contrato e que por algum motivo tiverem de buscar as vias judiciais devem ter a consciência que a boa-fé objetiva e a função social do contrato são aplicáveis ao caso, no que couber, irradiando seu alcance para as partes⁴⁴, não bastando a invocação das cláusulas gerais para obter a revisão do contrato ou a anulação de cláusulas ou, ainda, o sucesso na execução do contrato por tratar-se de matérias específicas.

A aplicação dos princípios e das cláusulas gerais deve ser o fundamento da decisão judicial quando a parte durante a instrução do processo comprovar que efetivamente agiu de boa-fé, que o contrato tornou-se excessivamente oneroso, que não detinha todas as informações necessárias, ou seja, deve demonstrar que os motivo do descumprimento são razoáveis, não bastando, reiterese, a mera alegação de que o contrato era de adesão ou que não foi cumprida a função social do contrato.

Segundo Costa,

Diferentemente das normas formadas através da técnica da casuística, na qual o critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez, a cláusula geral introduz no âmbito normativo um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas consequências jurídicas que não estão predeterminadas.⁴⁵

Desta constatação conclui a autora: “a *incompletude* das normas insertas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis”.

⁴⁴ “Desta maneira, a relação contratual é observada como um “sistema interpessoal de coordenação”, complexo, direcionado à consecução de um fim, com deveres de prestação dos mais variados, via de regra previstos no instrumento do contrato (primários e secundários) ou decorrentes de lei (no caso dos secundários), e ainda integrada por deveres de conduta provenientes da necessária observância da cláusula geral da boa-fé, que neste caso atingem ambos os sujeitos da relação contratual”. (HENNEMANN, Alex. O contrato na pós-modernidade . *Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1565, 14 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10516>>. Acesso em: 17.05.2008.

⁴⁵ COSTA, Judith Martins. 2008, p.1.

Na prática são observadas, cada vez mais, decisões que, embasadas na boa-fé objetiva, são favoráveis à revisão de contratos bancários, habitacionais e de fornecimento, a anulação de cláusulas que estipulam a cobrança de juros capitalizados mensalmente e o provimento de ações indenizatórias pelo descumprimento da proposta ofertada, como no caso de vendas ou aluguel de imóveis.

Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a boca da lei não porque reproduza, como um ventriloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance. (...) Conquanto tenham estas cláusulas função primeiramente individualizadora conduzindo ao direito do caso têm, secundariamente, função generalizadora, permitindo a formação de instituições “para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito”. Assim, exemplificativamente, da cláusula geral da boa-fé são gerados os institutos da *supressio*, da *surrectio*, e a própria doutrina da responsabilidade pré-negocial, em seu perfil atual.⁴⁶

As decisões reiteradas, tomando por fundamento as cláusulas gerais e a dimensão da sua normatividade, destacam “o importíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes”.⁴⁷

A frequente aplicação das cláusulas gerais pelos Tribunais reafirma tais paradigmas em bases concretas, renovando a interpretação dos pactos na busca das soluções dos problemas, independentemente da criação de novas leis em face de possibilidade da abertura sistêmica organizada através da nova técnica.

Conclusão

No decorrer da História, verifica-se que o instituto do contrato acompanha, de forma peculiar, a evolução do pensamento filosófico e a evolução do Estado de cada época, muitas vezes, ficando estagnado em relação aos princípios gerais do contrato, advindos do Código Civil francês, tais como a autonomia da vontade, a sua força obrigatória e a relatividade, os quais representam a vitória dos ideais burgueses, centrada no individualismo, na liberdade e na propriedade, motivando, assim, o repensar de suas diretrizes.

⁴⁶ COSTA, Judith Martins. 2008, p.1.

⁴⁷ COSTA, Judith Martins. 2008, p.1.

O Estado liberal define o perfil do contrato fundado na plenitude da liberdade negocial assegurada na autonomia privada ilimitada.

A intervenção estatal, determinada pelas necessidades de sobrevivência da própria economia, impõe como meio indispensável a limitação dos pactos.

As codificações civis oitocentistas limitam o direito privado, mantendo o apego ao dogma do positivismo monista e do sistema unitário, não admitindo outras normas além do Código Civil para reger as relações negociais.

A era das codificações, dos sistemas jurídicos fechados, o mito da unicidade, são desconstruídos e superados pela pluralidade aberta dos ordenamentos jurídicos pós-modernos.

A tradição do Direito Civil não mais corresponde às necessidades da sociedade pós-moderna, determinando as contratações de massa, as relações negociais internacionais, enfrentando os problemas da dominação econômica, política e cultural.

O contrato passou a ser instrumento não só de circulação de riquezas, mas de dominação, ficando evidente que as partes não são iguais na relação negocial, que a vontade nem sempre é efetivamente expressada, fazendo surgir a exploração e a desigualdade.

O instituto do contrato na pós-modernidade absorve a orientação principiológica dominante, objetivando assegurar a dignidade da pessoa (os contratantes), a solidariedade, efetivando a adoção das cláusulas gerais.

O contrato assim concebido e segundo os princípios da boa-fé, da função social, da justiça contratual, deixa de ser intocável, adotando, como disciplina, a revisão das cláusulas contratuais, o equilíbrio negocial, a transparência, a lealdade, a informação clara e objetiva, na busca da igualdade material, voltado para a tutela do hipossuficiente, consoante a nova ordem contratual.

O descumprimento do contrato alcança as partes diretamente, estendendo efeitos e reflexos à coletividade.

A construção jurisprudencial assenta a eficácia das cláusulas gerais enquanto eixo hermenêutico indispensável à ensinabilidade negocial, revestida de complexidade dinâmica e recorrente dos avanços sociais.

O contrato, na pós-modernidade, tem evidenciada sua relevante condição de categoria jurídica vital, compondo as bases de sustentação do Estado Democrático de Direito, assegurando o desenvolvimento econômico, o crescimento econômico, garantindo a circulação de riquezas, atendendo as necessidades sociais onde avulta, em número cada vez maior, o plano das contratações individuais e coletivas de dimensões plurais.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Reflexões histórico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Organizador) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BATISTA, Fabiana. Inadimplência do biodiesel sobe e setor queima estoques. **Gazeta Mercantil**, 18.07.2008. Disponível em: <<http://www.biodieselbr.com/noticias/biodiesel/inadimplencia-biodiesel-sobe-setor-queima-estoques-18-07-08.htm>>. Acesso em: 04.08.2008.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10/01/2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20.05.2008.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins. **A boa-fé no Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 20.10.2008.
- CUCOLO, Eduardo. Inadimplência cai e bancos melhoram carteira de crédito no semestre. **Folha on line**, 29.07.2008, Brasília. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u427364.shtml>>. Acesso em: 04.08.2008.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, MAZETO, Cristiano de Souza. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. In: **Argumentum - Revista de Direito da Faculdade de Direito da UNIMAR**. Volume 5. Marília: UNIMAR, 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: contratos (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva, 2005.
- HENNEMANN, Alex. O contrato na pós-modernidade. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1565, 14.10.2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10516>>. Acesso em: 17.05.2008.
- LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. Dos contratos em geral. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et. al. (Org.). **Comentários ao Código Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A influência da constitucionalização do Direito privado nas relações contratuais.** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/privado.pdf>>. Acesso em: 08.12.2008.

SEBRAE/SP. Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br/principal/abrindo%20seu%20neg%C3%B3cio/produtos%20sebrae/artigos/listadeartigos/inadimplencia.aspx>>. Acesso em: 04.08.2008.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa.** (Trabalho apresentado no painel *Crise das Codificações*, no âmbito da XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no campus da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999).

ZINN, Rafael Wainstein. **O contrato em perspectiva principiológica.** In: ARONE, Ricardo. (Organizador). Estudos de direito civil – constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. I.

Serviços advocatícios, Código de Defesa do Consumidor e onerosidade excessiva: comentários ao Recurso Especial N º 364.168

Karin Wietzke Brodbeck

*Advogada da Caixa no Rio Grande do Sul
Especializanda em Direito do Consumidor - UFRGS*

**Diego Pedruzzi, Diego Salazar de Souza,
Eduardo Amorim de Mattos,
Giane Pedrita Andrade, Gislaine Michelon
e Izana Grevenhaven**

Advogados

RESUMO

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de serviços advocatícios é controvertida na jurisprudência. O presente comentário jurisprudencial versa sobre a adequação da inserção da relação advogado-cliente no mercado de consumo, e a possibilidade de revisão do contrato por onerosidade excessiva. No caso em tela, houve a revogação unilateral do mandato pela contratante, ensejando a execução do mínimo estipulado referente aos honorários. A análise está dividida em: enquadramento do caso ao Código de Defesa do Consumidor e institutos jurídicos envolvidos no equilíbrio contratual. Com efeito, impõe-se a aplicação harmônica dos dispositivos constantes no Estatuto da Advocacia e do Código de Defesa do Consumidor. É necessário, ainda, que a revisão contratual seja norteada pela nova ordem principiológica do Novo Código Civil, por meio dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Palavras-chave: Serviços Advocatícios. Código de Defesa do Consumidor. Onerosidade Excessiva. Lei 8.906/94.

ABSTRACT

The application of the Consumer Protection Law in the contracts of litigation services is controversial in the jurisprudence. The present jurisprudence commentary runs upon the adequacy of the insertion of the relation lawyer customer in the consumer market, and the possibility to review the contract for unduly onerous. In that case it had the unilateral revocation

of the mandate for the contractor, occasioning the execution of the minimum stipulated about the honorary ones. The analysis is divided in: the framing of the case in the Consumer Protection Law and law institutes involved in the contractual balance. As a matter of fact, it is imposed harmonic application of the constant appliances in the Advocacy Statute and of the Consumer Protection Law. It is also necessary that contractual review would be guiding by the new principals order of the New Civil Code, through the principles of the objective good-faith and the contractual balance.

Keywords: Litigation services. Consumer Protection Law. Unduly onerous. Law 8.906/94.

Introdução

Clara Mércia Vieira Barreto contratou os serviços advocatícios de Flamaron D'Ávila Fontes, objetivando a realização de sua separação litigiosa. Na ocasião ficou estipulado entre os contratantes que os honorários advocatícios seriam de 0,8% (oito por cento) do valor de mercado atribuído ao monte a partilhar entre o casal, incidente na parte da contratante. Contudo, para a hipótese da ação transformar-se em separação consensual, estava prevista a cláusula que estipulava um mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de honorários, exigíveis ao término do processo.

Ocorre que, após um ano de contrato, por algum motivo não elucidado no acordão, a contratante revogou, de forma unilateral, os poderes do advogado. Tal conduta ensejou a execução do mínimo estipulado referente aos honorários, R\$ 100.000,00, sob a justificativa de que, com a revogação do mandato, estes se reputavam vencidos e exigíveis.

Em contrapartida, a cliente opôs embargos à execução, alegando onerosidade excessiva da cláusula contratual no interesse único e exclusivo do fornecedor de serviços, o advogado. Nesse passo, com base no Código de Defesa do Consumidor (CDC), a cliente pleiteou a revisão do contrato, de modo a trazer equilíbrio ao acordo entabulado entre as partes, aludindo também que houve rescisão antecipada do contrato.

Na primeira instância, os embargos à execução propostos pela contratante foram julgados improcedentes, considerando que caberia a ela deduzir com precisão os fatores e os lindes da onerosidade excessiva alegada, além de justificar o porquê da revogação do mandato de seu advogado. Contudo, em grau de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade de votos, deu parcial provimento ao recurso da contratante para reduzir os honorários contratados em R\$ 50.000,00, corrigidos a partir do

descumprimento da obrigação e acrescidos dos juros legais. Em sede de embargos declaratórios, quanto à omissão da sucumbência no acórdão referenciado, opostos pela cliente, decidiu-se que haveria distribuição do ônus entre as partes.

O advogado, inconformado, interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), aludindo que, ao revisar o contrato de honorários advocatícios, houve violação do Estatuto da Advocacia em face da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por aquela lei ser específica e posterior.

Por sua vez, a cliente, além de contra-arrazoar, interpôs recurso especial adesivo, asseverando que não restou vencida na lide, alegou a impossibilidade de sucumbência recíproca. Ambos os recursos foram admitidos na origem, mas não foram conhecidos pelo STJ, que considerou correto o julgamento dado à causa, em decisão assim ementada:

RECURSO ESPECIAL N° 364.168 - SE (2001/0119957-4). RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. RECORRENTE: FLAMARION D'ÁVILA FONTES. ADVOGADO: FLAMARION D'ÁVILA FONTES (EM CAUSA PRÓPRIA). RECORRENTE: CLARA MÉRCIA VIEIRA BARRETO. ADVOGADO: ANDRÉA SOBRAL VILA-NOVA DE CARVALHO. RECORRIDO: OS MESMOS - EMENTA: Prestação de serviços advocatícios. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. I - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas. II - Characterizada a sucumbência recíproca devem ser os ônus distribuídos conforme determina o art. 21 do CPC. III - Recursos especiais não conhecidos.

A seguir, serão analisados os institutos jurídicos que serviram ou poderiam ter servido como base legal para o acórdão em questão em caso de utilização do Código Civil. Para isso, dividiremos o trabalho em duas partes. Primeiramente, analisaremos o enquadramento do caso ao Código de Defesa do Consumidor e, depois, os institutos jurídicos envolvidos no equilíbrio contratual do caso.

1 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor

1.1 Hipótese de incidência para a aplicação do CDC

A presença da *relação de consumo* é determinante para a aplicação do CDC, porque, embora a aplicação seja estabelecida em razão da pessoa, do consumidor, a definição deste só pode ser estabelecida em relação aos demais elementos da relação de consumo, por não se sustentar por si, nem poder ser tomado isoladamente.

Em razão de o legislador, por técnica, não ter conceituado a relação de consumo, mas apenas estabelecido o conceito dos seus elementos (sujeitos - consumidor e fornecedor - e o objeto - produto ou serviço),¹ sua configuração dependerá da possibilidade de serem identificados tais elementos em uma mesma relação jurídica. Especificamente, para o caso em exame, deve-se verificar a ocorrência de tais elementos com base nos seguintes conceitos:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Em seu voto, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, com base no REsp 532.377-RJ, sustentou a não aplicação do CDC por não ocorrer relação de consumo em razão da prestação dos serviços advocatícios dar-se fora do mercado de consumo, considerando a natureza incompatível com a atividade de consumo devido às prerrogativas e deveres próprios do advogado. Convém esclarecer: esse é o atual entendimento majoritário do STJ, como se observa no recente REsp 757.867-RS, também da Terceira Turma, bem como a posição defendida pela OAB. A análise aqui empreendida deve-se justamente ao fato de ser este um dos últimos acórdãos favoráveis à aplicação do CDC aos serviços advocatícios, com o objetivo de analisar as teses em confronto.

Quanto ao voto, note-se que o julgador confunde atividade de consumo haja vista que considera como elemento da relação de consumo, a prestação da atividade no mercado de consumo, mas aponta as prerrogativas e obrigações dos advogados como incompatíveis com a atividade de consumo.

Deve-se observar, contudo, que:

(i) Não há definição legal acerca de mercado de consumo, nem mesmo entendimento doutrinário uniforme; logo, eventual concepção deveria ter sido declinada para nortear a fundamentação decorrente;

¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2008. p.80.

(ii) **Concebendo-se que o mercado de consumo seja o espaço não ideal e não institucional onde se desenvolvem as atividades,² é possível concluir que o local não pode ser tomado pela atividade;**

(iii) **A indicação da compatibilidade com a atividade de consumo, como critério configurador da relação de consumo, em que pese a referência à prestação fora do mercado, demonstra a tentativa de configurar objeto da relação, serviço, conforme supracitado.**

Com base nesses argumentos, considera-se que o julgador refere-se apenas à atividade de consumo (serviço) como elemento da relação de consumo (objeto) ausente na atividade advocatícia. Mas não justifica em que consistiria a incompatibilidade da atividade advocatícia com o objeto da relação de consumo - serviço, limitando-se a apontar as prerrogativas e deveres do advogado como reveladores desse fato, sem qualquer demonstração.

Não é, todavia, o que se observa do dispositivo do CDC que conceitua serviço, o qual não exclui qualquer atividade do conceito de serviço ou de fornecedor em razão de restrições ou prerrogativas próprias. Ao contrário, o CDC define serviço de forma abrangente como “qualquer atividade”, numa clara opção extensiva e ampliativa do conceito.³

Considere-se, ainda, que muitas, senão todas, atividades dos profissionais liberais possuem certas peculiaridades em relação aos seus deveres e prerrogativas, inclusive em relação à captação de clientela e publicidade, a exemplo dos médicos, mas nem por isso há qualquer dúvida sobre o seu enquadramento no conceito de serviço. O voto-condutor parece consonante ao disposto em lei, ao considerar que a atividade advocatícia enquadra-se no conceito de serviço do art. 3º, §2º, do CDC, a despeito de certas especificidades, havendo apenas restrição quanto ao regime de responsabilidade civil diferenciado para os profissionais liberais, do tipo subjetiva.⁴

² MIRAGEM, Bruno. 2008. p.95.

³ Há exclusão expressa das atividades decorrentes de relações trabalhistas, aqui pacificamente entendidas como as submetidas à Justiça do Trabalho, o que não é caso da prestação de serviços pelos profissionais liberais. Nesse sentido, o CC 48.976 – MG. 4ª Turma do STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ. 28.08.2006.

⁴ Tratando-se o sistema do CDC de responsabilidade civil objetiva, deve o dispositivo que veicula a responsabilidade subjetiva (art. 14, §4º), ser interpretado restritivamente, sob pena de tornar o que é particular e excepcional em geral e ordinário. Assim, a extensão da responsabilidade civil subjetiva está adstrita aos limites da topografia de sua localização no código, qual seja, dentro da seção II, do capítulo IV, “responsabilidade pelo defeito no serviço”. Portanto, apenas em relação aos profissionais liberais e, somente, a respeito de defeito no serviço. Hipótese essa, como ensina MARQUES, “muito comum no caso dos médicos, mas

1.2 Preferência da Lei 8.906/94 em relação ao CDC (voto divergente)

Em voto divergente, pretendeu-se afastar a aplicação do CDC também pela aplicação da Lei 8.906/94, que seria lei especial. Contudo, acredita-se que tal solução ignora a interpretação sistemática das fontes. Aquilo que Marques, ao comentar eventual conflito entre leis gerais e especiais,⁵ chama de “diálogo das fontes”, porque o campo de aplicação do CDC, *relação de consumo*, é maior que o da Lei 8.906/94.

Assim, ainda que a Lei. 8.906/94 regule de maneira especial a atividade da advocacia e o contrato de honorários, não afasta a incidência do CDC pela complementariedade entre ambas as leis, considerando que: (i) o CDC é a base principiológica e informadora do contrato de honorários, porque não regula especificamente qualquer tipo de contrato, mas apenas princípios e regras gerais que devem ser imperativamente observados nas relações de consumo, de forma geral, como um mandato de otimização; (ii) a Lei 8.906/94 é a base para a forma e a execução deste.

É preciso destacar que a Lei 8.906/94 é especial apenas em relação à tutela do advogado. Nada mais. Não pode tratar de consumo, ainda que seja sua sede proteger de modo diferenciado um indivíduo diferenciado (advogado) por ser atribuição do CDC, consoante determinação constitucional (art. 48 do ADCT), a tutela do consumidor e consequentemente, da relação de consumo, pelos motivos já expostos.

O fato de a atividade do advogado envolver consumo, existindo convergência do campo de aplicação, não serve como fundamento para afastar o CDC, pois o *status* do direito do consumidor, reconhecido como um direito fundamental (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal), dota-o de eficácia vertical (vinculando o Estado) e horizontal (vinculando fornecedor). Assim, o CD abrange todas as relações especialmente reguladas que se enquadrem como *relação de consumo*, o que pode se dar antes ou após a existência de um contrato ou, ainda, podendo dele prescindir, tal como ocorre com vítimas de acidente de consumo e consumidores expostos.

pouco comum no caso dos advogados". BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2004. p.249. No mesmo sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais**. In: BRASILCON, 7/02/2005, Disponível em: <www.brasilcon.org.br> Acesso em 16.05.2008.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do consumidor**: novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2006. p.631 e MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o CDC e o NCC: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 45, 2003, p.71-99.

Dessa forma, é possível concluir que a Lei 8.906/94 não poderá interferir de modo a contrariar, reduzir, o disposto acerca da relação de consumo, o que envolve o fornecedor-advogado (admitida sua configuração), nem mesmo em relação à própria caracterização da atividade como de consumo, ou não, a qual dependerá da sua conformação aos conceitos estabelecidos pela legislação de consumo. Ao CDC, entretanto, é autorizada a interferência em todas as relações, reguladas por lei especial ou não, onde forem identificados os elementos da relação de consumo, o que implica certa ingerência sobre o advogado e sua atividade naquilo que disser respeito ao serviço e à sua configuração como fornecedor, ainda que importe em restrição de sua atividade, o que não implicará qualquer restrição indevida às suas prerrogativas constitucionais; embora não sejam necessariamente afetadas, estão limitadas à lei (art. 133, *caput*, da CF) e não alcançam a relação com o cliente, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do RE 387.945-AC.⁶

Razões que conduzem ao entendimento de que a interpretação do Min. Direito, com fundamento em critério de especialidade, é equivocada⁷ por desprezar os campos de aplicação, a sede, que o legislador pretende sejam observados considerando as áreas em que determinada relação possa se desenvolver. Admitida a legítima regulação de certos sujeitos, especiais em razão da sua diferença em mundo atomizado e altamente complexo, deve ser dada precedência ao CDC por sua natureza de *ordem pública* (art. 1º),⁸ como lei concretizadora da proteção prevista constitucionalmente (art. 5º, XXXII, da CF e art. 48 ADCT)⁹ para a pessoa humana em sua faceta consumidora, garantindo-se, ao fim, a dignidade da pessoa humana. Em outros termos: havendo convergência no campo de aplicação deve ser aplicado totalmente o CDC, para só então aplicar a outra lei.

Não é verdadeira, assim, a crença do voto-vencido de que tanto a não caracterização da relação de consumo, como a incidência de lei especial seriam motivos suficientes, por si, para afastar a aplicação do CDC, posto que verificada a configuração de todos os

⁶ Ao analisar a ocorrência de dano moral pelo envio de carta ofensiva ao cliente com o fito de cobrar honorários, o relator asseverou que as imunidades estão restritas ao trato de questões pessoais e ao exercício do *iustitia conviciandi*, não podendo serem opostas ao cliente, além do fato de estarem limitadas à lei. STF, 1ª Turma. RE 387.945-AC. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ. 10.03.2006.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima, 2003. p 57.

⁸ MIRAGEM, Bruno. 2008. p.44.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da Adin dos Bancos (2.591): observações sobre a garantia intitucional-constitucional do direito do consumidor e a *drittwirkung* no Brasil. São Paulo, Revista de Direito do Consumidor n. 61, 2007, p.40-75.

elementos da relação de consumo resta prejudicada a aplicação da lei especial, nessa sede.

Considerada a atual posição do STJ, como já referido, a seguir é realizada breve análise sobre a potencial e pertinente aplicação do CC para a preservação do equilíbrio contratual no contexto do caso, comparando-se, ainda, à incidência do CDC.

2 Os institutos jurídicos do Código Civil relacionados ao caso

2.1 Lesão de direito

A lesão, prevista no art. 157 do CC, é um defeito do negócio jurídico, resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado contrato, em razão do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes. O desequilíbrio atinge o sinalagma genético, pois é concomitante à formação do contrato. Exige a inexperiência ou premente necessidade da parte lesada para quem foi imposta uma prestação manifestamente desproporcional à contraprestação. O contrato nasce desequilibrado em razão de malicioso aproveitamento daquele que desatende à cláusula geral da boa-fé sendo, portanto, anulável.

No caso em apreço, poder-se-ia cogitar da desproporção entre as prestações avençadas (elemento objetivo) desde a pactuação das cláusulas; se desconhece o valor envolvido na ação, e é possível que a contratante seja considerada inexperiente para a celebração do contrato de honorários.

Poder-se-ia afirmar que está presente a condição subjetiva da inexperiência da autora, pois uma cliente, frente ao profissional advogado, pode ser assim considerada. No entanto, somente pelo relato do acórdão é impossível verificar o elemento objetivo “manifesta desproporção”. Aparentemente, não foi demonstrada a desproporção no curso da instrução, pelo que se depreende do texto da decisão da primeira instância: “caberia a ela [contratante] deduzir com precisão os lindes da onerosidade excessiva alegada”.

2.2 Exceção de contrato não cumprido

Outra hipótese legal que apreciamos é a do art. 476, CC, que estabelece que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” O interessado deve prestar sua parte para que possa exigir a do outro (Rogério de Oliveira Souza, p.249).

Aqui há o direito de exigir o bem da vida. Uma parte pretende reter o pagamento, enquanto a outra parte não presta sua obri-

gação. Um direito de exigir judicialmente determinado comportamento da parte contrária. Há um feixe duplo de direitos e deveres no contrato, em razão do sinalagma. Ao réu deve ser oportunizado alegar o fato impeditivo, ou seja, o prévio inadimplemento.

No caso em discussão, não foi pedido o cumprimento de obrigação, nem alegado em defesa fato impeditivo. Não foram arguidos mora ou descumprimento da obrigação do advogado a ensejar o pedido de rescisão. Também não parece ser aplicável essa hipótese legal. O pedido de resolução do contrato e redução do pagamento destoa da finalidade do instituto da exceção: exigir comportamento da parte contrária. Poderia a autora ter pleiteado o adimplemento e reter o pagamento, mas se não mais desejava o cumprimento da obrigação por parte do profissional, imotivadamente (nada foi posto no sentido de mora ou inadimplemento do advogado), caberia pedir a rescisão do contrato com a indenização por perdas e danos.

2.3 Onerosidade Excessiva

No julgado ora comentado, importa verificar se a aplicação da onerosidade excessiva é adequada à solução da lide.

No Direito moderno, a alteração drástica das condições econômicas nas quais foi firmado o contrato, aliada a outras condições, enseja a sua resolução, quer por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, quer pela teoria da imprevisão, quer pelas bases do negócio. A cláusula *rebus sic stantibus* está implícita em todo contrato de prestações sucessivas, pois a convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem como eram no momento da celebração (*rebus sic stantibus intelligentur*).

A Teoria da Imprevisão, ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, é o substrato teórico para rediscutir cláusulas contratuais em razão de acontecimentos futuros e imprevisíveis e não imputáveis aos contratantes, sendo aplicação direta do princípio da boa-fé objetiva, porque as partes devem cumprir as prestações originalmente pactuadas. Embora a redação do art. 478 do Código Civil faça presumir exigência de enriquecimento de uma parte em desfavor da outra, esta presunção não é adequada, pois o fato imprevisível posterior poderá onerar ambas as partes e não impedir a aplicação da Teoria da Imprevisão.

A Teoria da Onerosidade Excessiva permite a resolução ou a revisão do contrato por força do descumprimento involuntário, diante da onerosidade excessiva provocada por circunstância imprevisível superveniente que altera o equilíbrio econômico do pacto.

Os pressupostos das teorias aqui apontadas são as suas consequências. Assim, por ser a Teoria da Imprevisão mais antiga que as demais, prefere-se dizer que está prevista no art. 317 e no art. 478; no primeiro, para permitir a revisão no intuito de reequilibrar o contrato; no segundo, para permitir a sua resolução. A Teoria da Onerosidade Excessiva é a matriz teórica do art. 317 do NCC, e não se restringe à resolução (art. 478), pois enseja, também, a revisão contratual.

A análise das condições de incidência da regra deve ser feita a partir de normas de direcionamento oriundas da Constituição para a legislação ordinária. Especificamente, a solidariedade social, prevista dentre os princípios fundamentais (art. 3º, I), a regular a ordem econômica (art. 170 e seguintes). São, pois, condições de incidência da Teoria da Onerosidade Excessiva:

- existência de relação obrigacional, comutativa, onerosa, duradoura ou de trato sucessivo, ou quando o adimplemento tenha sido dividido em várias parcelas, a serem pagas ao longo do tempo;

- excessiva onerosidade para a parte devedora da prestação cujo valor se alterou - a onerosidade há de ser objetivamente excessiva, sendo consideravelmente mais gravosa do que era quando surgiu, e para qualquer pessoa que se encontre na situação do devedor, e não apenas para ele.

- superveniência e imprevisibilidade do evento causador da desproporção manifesta - a extraordinariedade foi afastada no art. 317, estando presente para fins de resolução do art. 478, que exige só a imprevisibilidade, superveniente e causadora de manifesta desproporção. A mudança das circunstâncias havidas no momento da conclusão do contrato, tornando a prestação excessivamente onerosa, deve decorrer de fatores supervenientes à conclusão do contrato e naquele momento imprevisíveis. Em cada caso concreto, para verificar o que é normativamente previsível ou imprevisível, para que incida o art. 317 e o art. 478, deve-se perquirir o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, a ser objetivamente avaliado segundo os arts. 112 e 113 (a imprevisibilidade, em seu caráter normativo, corresponde à legítima expectativa das partes no momento da conclusão do ajuste);

- inimputabilidade, ao lesado, da excessiva onerosidade da prestação, pois é necessário que a causa do evento seja estranha à conduta daquele que a invoca;

- ausência de mora ou de inadimplemento definitivo.

No caso em apreço, não se encontram presentes as condições para a aplicação da Teoria da Onerosidade Excessiva normatizada no Código Civil. Esse preceito exige a imprevisibilidade do evento, a desproporção manifesta, e que seja a desproporcionalidade con-

siderada entre o momento da pactuação e o da execução, mas não exige excepcionalidade do evento e extraordinariedade da álea. Haveria, portanto, possibilidade lógica de incidência da teoria, pois a previsão legal do art. 478 é para contratos de execução continuada ou instantânea de prestação deferida. Entretanto, por não haver a imprevisibilidade de evento superveniente causador de manifesta desproporção, não se configura hipótese de incidência, pois, como mencionado no voto do Relator: “A desproporção não se figurou *a posteriori*. A onerosidade já era ínsita quando da formulação do contrato”.

O reconhecimento, por parte do julgador, de vício genético, poderia caracterizar a existência de lesão, a ensejar a anulabilidade do contrato, mas afasta a incidência da onerosidade excessiva, que exige, para sua incidência, que a prestação tenha se tornado notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu. Ainda, a executada não depositou o valor que entendia devido, nem ajuizou ação própria para a revisão da cláusula, quedando-se em mora, não demonstrando sinais de seu propósito juridicamente tutelável. A rescisão não é consequência da inexecução, e a autora deveria tê-la pleiteado antes de descumprir a obrigação, pois, se já a descumpriu, não tem cabimento o pedido.

De maneira diversa, o inciso V do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor permite a revisão contratual independentemente de o fato superveniente ser imprevisível. A doutrina e a jurisprudência brasileiras, por não exigir o CDC a imprevisibilidade para discussão das cláusulas contratuais, utilizam a Teoria da Onerosidade Excessiva, além da revisão em caso de desequilíbrio, mesmo sem a superveniência do motivo, bastando que seja desproporcional (art. 6º, V, primeira parte, do CDC).

Conclusão

Os adventos do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil trouxeram inovações que enriqueceram o novo momento do direito obrigacional no Brasil, em especial no que se refere à possibilidade de revisão de contratos. Cumpre esclarecer que as inovações neste sentido, constantes nos referidos diplomas legais, foram precedidas por construções doutrinárias e jurisprudenciais nessa direção.

Há muito se tinha que as relações contratuais, em especial aquelas decorrentes de relação de consumo, não deveriam mais ficar submetidas à idéia oitocentista fundada no princípio da *pacta sunt servanda*. Esse princípio, agora mitigado, deu lugar a uma nova ordem principiológica nas relações obrigacionais, exaltando-se os

princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Essa alteração profunda nas relações abrange tanto os contratos regidos pelo CDC, quanto os contratos entre iguais, nos termos do art. 422 do Código Civil vigente.

A essência dessa mudança está na aceitação da noção advinda do direito germânico de obrigação como processo, difundida no Brasil por meio da doutrina do professor Clóvis V. do Couto e Silva. A relação obrigacional complexa daqui decorrente buscará não mais o simples adimplemento da obrigação por parte do devedor. Os contratos passam a ter um objetivo distinto, mais complexo, visando a respeitar sua função social. Essa busca dar-se-á com foco no equilíbrio do contrato, fazendo com que ambas as partes que figuram na contratação atinjam suas justas expectativas, a partir de uma relação bilateral regida pela boa-fé e confiança mútuas.

Esse novo entendimento acerca das relações obrigacionais adquire especial relevo, no que se refere às relações de consumo. Essa introdução mostra-se pertinente, a fim de contextualizar a discussão ora abordada: a inserção da relação entre advogado e cliente no mercado de consumo. No caso em discussão, o contrato revisado estipularia, segundo o STJ, valor absurdo a título de honorários devidos ao advogado exequente, em face do trabalho desempenhado por este, em um determinado processo. A partir desse entendimento, aquele Tribunal Superior declarou nula a referida cláusula contratual, com base no art. 51, IV, do CDC.

Pois qual é o efetivo reflexo econômico da inserção da relação entre advogado e seu cliente no mercado de consumo? A incidência das premissas do CDC às relações entre advogado e seu cliente protegem a este, possibilitando a interpretação, tanto das cláusulas contratuais, quanto as atitudes do profissional da advocacia, em favor do cliente vulnerável. A mudança na relação, a partir do momento em que esta é inserida no mercado de consumo, é profunda.

No caso examinado, a relação estabelecida entre advogado e cliente foi concretizada por meio de contrato de honorários. Há de se fazer algumas ressalvas quanto à declaração de nulidade procedida pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, e confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça. A cláusula contratual em discussão trazia, expressamente, o valor de R\$ 100.000,00, como sendo o mínimo a ser pago a título de honorários advocatícios ao exequente. Ainda, conforme bem esclarecido no acórdão, o contrato em questão não entra na categoria de adesão, sendo reconhecido que as partes negociaram as cláusulas ali constantes.

A decisão analisada ainda relativizou a força vinculante natural aos contratos de honorários, conforme o art. 22 da Lei 8.906/94,

fazendo prevalecer a teoria revisionista da onerosidade excessiva prevista no CDC. A partir desse entendimento, houve a prevalência da norma prevista no inciso IV do art. 51 do CDC, para declarar a nulidade de cláusula constante no contrato de honorários advocatícios.

Tanto o TJSE quanto o STJ entenderam que R\$ 100.000,00 era valor demasiado alto para ser pago a título de honorários advocatícios. Porém, aceitaram que a verba honorária do trabalho desempenhado pelo advogado exequente deveria ser fixada em R\$ 50.000,00, que não deixa de ser um valor elevado. A partir desse fato, constata-se que o processo originário da discussão possui características diferenciadas, capazes de fazer com que a verba honorária dele decorrente seja fixada em parâmetros elevados, concluindo-se que aquela cláusula contratual não era abusiva em sua essência.

Ainda que a Ordem dos Advogados do Brasil disponibilize tabela com a verba honorária estipulada para as diversas formas de atuação do profissional da advocacia, a prévia estipulação contratual de valor diverso – como no caso concreto – afasta a aplicação dos preços constantes na referida tabela. Ou seja, a incidência desta não é absoluta, pelo contrário, não vincula o advogado aos seus termos. Assim, como o caso em análise trata de situação excepcional, a tabela da OAB não deveria ser aplicada ao caso, sendo a estipulação lá efetuada legal.

A partir dos elementos levantados pela decisão em pauta, mostra-se temerária a mitigação da força vinculante dos contratos de honorários, ainda mais quando a referida cláusula traz valor expresso em seu corpo, do que é devido pela parte contratante ao seu patrono. O contrato celebrado entre as partes foi devidamente negociado, o que afasta eventual maximização da posição de vulnerabilidade da embargante/cliente.

O reflexo da inserção da relação entre advogado e cliente no mercado de consumo traz à relação a noção de vulnerabilidade do cliente.

É plenamente aceitável, conforme entendimento do TJSE e do STJ, que os honorários advocatícios sejam fixados em maior valor: entendem, ambos, o montante de R\$ 50.000,00 como razoável.

A revisão efetuada pelo TJSE e confirmada pelo STJ mostrou-se contraditória, pois afastou cláusula contratual que, em caso análogo, admitira prudente a fixação de honorários advocatícios em R\$ 50.000,00.

A proteção do vulnerável - no caso em liça, o cliente em relação ao advogado - não pode ser feita sem a aplicação harmônica dos dispositivos constantes no Estatuto da Advocacia, lei especial, pois

tanto o CDC como o Estatuto são vigentes, o que ensejará o necessário diálogo entre fontes. Por meio de interpretação sistemática, é possível proteger o cliente (se entendido como consumidor), e não afastar, arbitrariamente, as condições razoáveis contratadas.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O novo código civil e o código de defesa do consumidor – pontos de convergência. In: **Revista de Direito do Consumidor**. n. 48, São Paulo, out-dez de 2003, p.55-68.

GRINOVER, Ada Pelegrini. et alii. **Código de Defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da Adin dos Bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a drittewirkung no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 61, São Paulo, 2007, p.40-75.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil.** Direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, t. I.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor:** fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Catellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002:** Convergências e Assimetrias. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Sylvio Capanema. **O impacto do novo código civil no mundo dos contratos.** EMERJ, v.6, 2003, p.186-8.

O direito de vizinhança e o registro imobiliário

Marcelo Quevedo do Amaral
Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul
Especializando em Direito Imobiliário
Registral - PUC Minas
Especializando em Direito Processual Civil - UNISC

RESUMO

A semelhança de algumas modalidades do direito de vizinhança com as limitações administrativas e as servidões gera reflexos diretos na atividade registral. Os chamados direitos de vizinhança onerosos impõem ônus excepcionais ao imóvel em razão do interesse público, mediante indenização ao seu proprietário, a exemplo da passagem forçada, da passagem de cabos, tubulações e aquedutos. Embora a enorme similitude com a servidão, os institutos não se confundem, como facilmente se verifica quando são apresentados os conceitos de servidão, direito de vizinhança e limitação administrativa. A distinção destes institutos, com a delimitação precisa do direito de vizinhança, permite aferir as implicações no direito registral e abrir a discussão sobre seu correto tratamento pelo fólio real. Com esse objetivo, através de apropriada revisão bibliográfica do tema, são apresentados os conceitos de servidão, direito de vizinhança e limitação administrativa e realizadas as devidas distinções. As garantias advindas da publicidade registral e a segurança jurídica proporcionadas pelo Registro de Imóveis tornam indispensável a transcrição das restrições ajustadas entre as partes na matrícula do imóvel. Nesse sentido, a prática registral tem acolhido os negócios jurídicos que envolvam direitos de vizinhança onerosos, tratando-os como servidões. Todavia, conforme se demonstra neste trabalho, a melhor interpretação e técnica jurídica recomendam que os direitos de vizinhança onerosos tenham tratamento próprio no assento registral.

Palavras-chaves: Direito de vizinhança. Registro imobiliário. Limitação à propriedade. Servidão administrativa. Servidão predial.

ABSTRACT

The similarity of some modalities of the neighborhood law with the administrative limitations and easements generates direct repercussion on register activity. The so-called expensive neighborhood laws impose exceptional charge to the property

due to public interest, by compensation to its owner, taking as example the forced passage of cables, pipes and aqueducts. Even though it has great similarity with servitude, the institutes don't get confused, which frequently happens when there are the concepts of servitude, neighborhood law and administrative restrictions. The distinction of these institutes, with the exact definition of the neighborhood law, allows us to measure the implications in register law and opens the discussion about its correct treatment by the register books. With this purpose, through appropriate review of the subject, the concepts of servitude, neighborhood law and administrative limitation are presented and the appropriate distinctions are made. Guarantees arising from register advertising and legal certainty offered by the Register of Buildings make indispensable the transcription of the restrictions set by the parts in the registration of property. In this manner, the register practice has received the legal transactions involving expensive neighborhood laws, treating them as servitudes. However, as shown in this work, the best interpretation and legal technique recommend that expensive neighborhood laws have individual treatment in the register seat.

Keywords: Neighborhood Law. Property Law. Limitation on property. Administrative servitude.

Introdução

Os direitos de vizinhança possuem grande similitude com os institutos jurídicos da limitação administrativa e da servidão. Esses institutos, logicamente, não se confundem, mas seus vários pontos de contato geram reflexos diretos na atividade registral. A principal dificuldade advém dos denominados direitos de vizinhança onerosos, os quais impõem ônus excepcionais aos imóveis mediante indenização ao seu proprietário, com fundamento no interesse público, cujos exemplos mais conhecidos são a passagem forçada, a passagem de cabos, tubulações e aquedutos.

Naturalmente, é indispensável que as restrições ajustadas entre os particulares acessem o Registro de Imóveis para ter eficácia perante terceiros, beneficiando-se da publicidade registral e proporcionando maior segurança jurídica. Contudo, a proximidade entre os institutos pode causar muitas dúvidas e dificuldades na aceitação e processamento desses atos e direitos pelo ofício imobiliário.

Assim, através da visita aos conceitos de servidão, direito de vizinhança e limitação administrativa, bem como da apresentação das divergências doutrinárias envolvendo a natureza jurídica do direito de vizinhança, objetiva-se não só delimitar as diferenças entre os institutos, mas principalmente aferir as implicações no di-

reito registral e abrir a discussão sobre seu correto tratamento pelo fólio real.

1 Os direitos de vizinhança

Embora as limitações ao exercício do direito de propriedade existam desde a Antiguidade, o aumento da interdependência e complexidade das relações sociais na modernidade redimensionou sensivelmente sua importância na sociedade. Atualmente, é impensável que o direito de propriedade apresente-se de forma absoluta sem observância ao interesse social e harmonia com os demais proprietários.

Dentro do campo das restrições ao direito de propriedade encontram-se os direitos de vizinhança consagrados no capítulo V do título III – Da Propriedade – do Código Civil de 2002. Trata-se de um conjunto de previsões legais que limitam a propriedade individual, reduzindo os poderes a ela inerentes, de modo a conciliar o exercício conjunto da propriedade por vizinhos, harmonizando sua convivência e regulando suas relações. Nesse sentido, leciona Diniz:

Cada proprietário compensa seu sacrifício com a vantagem que lhe advém do correspondente sacrifício do direito do vizinho. Se assim não fosse, se os proprietários pudessem invocar uns contra os outros seu direito absoluto e ilimitado, impossibilitados estariam de exercer qualquer direito, pois as propriedades se aniquilariam dessa forma. Essas restrições ao direito de propriedade são impostas, simplesmente, para que esse mesmo direito possa sobreviver. O que vem bem ao encontro do célebre princípio de que "nossa direito vai até onde começa o de nosso semelhante". Logo, os direitos de um proprietário vão até o limite onde têm início os de seu vizinho e vice-versa.¹

Além da coexistência pacífica entre os proprietários vizinhos, esses direitos objetivam evitar o abuso de direito, o mau uso ou o uso anormal da propriedade que possa prejudicar terceiros, bem como regular situações que causem repercussões em imóveis vizinhos. Busca-se proibir atos que constituam abuso do direito de propriedade, não importando se provocados pelo proprietário ou qualquer possuidor, a exemplo do locatário ou do arrendatário. O interesse social justifica o regramento, impondo-se ao direito individual de propriedade, com objetivo de harmonizar as relações e evitar conflitos.

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 4, p.214.

O fundamento do direito de vizinhança ora se encontra na supremacia do interesse público, ora na coexistência dos diversos direitos de propriedade. Daí a classificação dos direitos de vizinhança em gratuitos e onerosos, quer seu exercício acarrete ou não o dever de indenizar o proprietário do prédio vizinho. Segundo Gomes,² quando o preceito legal se inspira na coexistência do direito de propriedade é gratuito, podendo ser exercido sem contraprestação, mas quando deriva da supremacia do interesse público será oneroso, devendo seu exercício ficar condicionado ao pagamento de indenização ao titular atingido.

Os principais preceitos relativos ao direito de vizinhança encontram-se nos arts. 1.277 a 1.313 do CC/02.

1.1 Do uso nocivo da propriedade

O uso nocivo ou anormal da propriedade está disciplinado no art. 1.277 do CC/02, segundo o qual o proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde de seus moradores, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Essa análise deverá considerar a natureza da utilização, a localização do prédio, os limites ordinários de tolerância dos moradores e vizinhos, especialmente em face do código municipal de posturas e das normas urbanísticas. Um imóvel residencial, por exemplo, não poderá ser utilizado para fins comerciais se provocar transtornos aos seus vizinhos, ou ser utilizado para criação de animais, causando mau cheiro e riscos à saúde da vizinhança.

A regra, portanto, é a normalidade na utilização do imóvel, sem danos ou incômodos aos vizinhos; a exceção é o uso anormal. O uso normal é aquele compatível com a saúde, segurança e sossego dos moradores vizinhos. Contudo, nem todo uso anormal, danoso ou incômodo, é vedado, sendo defeso apenas os que importem em abuso do direito de propriedade pela prática de atos ilegais ou excessivos. A aferição da normalidade no uso da propriedade somente é possível mediante o caso concreto, com a apreciação dos fatos e circunstâncias que envolvam cada situação. O problema encontra-se em dimensionar o limite entre o uso normal e anormal, qual o nível de tolerância razoável deve ser exigido das pessoas para uma vida saudável em sociedade. A jurisprudência ao enfrentar esses desafios, segundo a obra de De Farias e Rosenvald,³ tem se posicionado segundo três modos distintos:

² GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19.ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³ DE FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direitos reais**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- a) caso o uso normal provoque incômodos normais não cabe nenhum direito ao prejudicado;
- b) caso o uso normal resulte em incômodos anormais, mas socialmente necessários, caberá indenização ao prejudicado;
- c) por fim, o uso anormal que cause danos anormais, sem justificação social, permite ao prejudicado a exigência da sua cessação.

1.2 Das árvores limítrofes

As relações de vizinhança envolvendo as árvores limítrofes estão disciplinadas no CC/02 do art. 1.282 ao 1.284, dispondo sobre a propriedade das árvores e frutos. De forma simplificada, as regras compreendem três fatos principais:

a) a árvore que tiver o seu tronco na linha divisória pertencerá, por presunção legal, a ambos os proprietários vizinhos, em condomínio necessário. Nessa hipótese, pouco importa qual proporção da árvore, seus ramos e raízes ocupam cada imóvel, ela e os respectivos frutos serão co-propriedade dos confinantes. Os encargos dela advindos também deverão ser repartidos, não podendo nenhum proprietário cortá-la ou arrancá-la sem o consentimento do outro;

b) os frutos de árvore localizada em um imóvel que caírem naturalmente no terreno vizinho pertencerão ao seu proprietário. Trata-se de exceção ao princípio de que “o acessório segue o principal” que objetiva evitar conflitos entre os vizinhos. Esses conflitos surgiram, principalmente, da necessidade de adentrar no terreno lindeiro para apanhar os frutos. Além disso, é inegável que a queda dos frutos causa inconvenientes ao vizinho, sendo justo que o mesmo seja recompensado pelo direito de aproveitar os frutos caídos no seu terreno;

c) No que diz respeito aos ramos e raízes, a regra possibilita o corte no plano vertical divisório, independentemente de aviso prévio ou qualquer outra formalidade, pelo dono do terreno lindeiro por elas ocupado. Trata-se de hipótese excepcional, na qual o ordenamento jurídico autoriza a autoexecutoriedade de obrigação de fazer, dispensando a intervenção judicial em questão da pequena monta envolvida.⁴ Não há necessidade da ocorrência de prejuízo ao confinante para autorizar o corte. Todavia, cabe registrar a obrigatoriedade da observância da legislação administrativa e ambiental pertinente.

⁴ DE FARIAS, C. C.; ROSENVOLD, N. 2008.

1.3 Da passagem de cabos e tubulações

A passagem de cabos e tubulações está prevista nos arts. 1.286 e 1.287 do CC/02. O professor Rizzardo⁵ esclarece que essa disciplina, que veio com o novo Código Civil, teve por objetivo garantir o direito dos que executam serviços de utilidade pública, recebidos por concessão, permissão ou autorização do Poder Público e o direito dos vizinhos que precisam de parcela do subsolo ou mesmo da superfície da propriedade vizinha para encanamentos e tubulações a fim de conduzir bens de utilidade pública, como água, energia elétrica, telefonia, combustível, ou serviços de esgoto e dejeto de lixo.

O proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa. Logicamente, caberá ao proprietário do prédio afetado a indenização correspondente às restrições impostas à plena fruição do imóvel, considerando a área efetivamente ocupada e a desvalorização da área remanescente. Enquanto não for efetivamente paga a indenização, o proprietário não será obrigado a suportar as obras em seu imóvel. O proprietário também poderá exigir que a instalação seja realizada do modo menos oneroso a sua propriedade e mais seguro possível, bem como poderá exigir a retirada para local mais conveniente do imóvel à custa de quem promoveu a colocação.

1.4 Da passagem forçada

O direito à passagem forçada é imposto pela lei em benefício de prédio natural e absolutamente encravado, que não possui saída para via pública, fonte ou porto, conforme prevê o art. 1.285 CC/02. Disso resulta que o encravamento não poderá ser imputável à ação do seu proprietário (natural) e nem pode se exigir a travessia quando existir alternativa viável (absoluta). Não se confunde com a servidão de passagem a qual independe do encravamento do imóvel, pode ser adquirida por usucapião e não se extingue com o fim do encravamento.

A lei busca garantir as condições de exploração econômica ao imóvel em atendimento ao interesse geral da sociedade. Contudo, a imposição de encargo de tal monta implica na obrigação de indemnizar o proprietário, compensando o dono do imóvel no qual se estabelece a travessia.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

1.5 Das águas

A disciplina jurídica das águas prevista no Decreto nº 24.643/34, o denominado Código de Águas, foi parcialmente revogado pelo Código Civil de 2002 no que diz respeito aos direitos de vizinhança estabelecidos do seu art. 1.288 ao 1.296.

O desvio, utilização e modificação dos cursos de águas pluviais, correntes, riachos ou lagos é regrado, basicamente, pela topografia dos prédios. O dono ou possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não estando autorizado a realizar obras que impeçam ou restrinjam o seu fluxo normal. Todavia, poderá exigir a realização de obras no prédio superior que reduzam o impacto da passagem das águas ou impedir obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior que agravem a situação.

O morador do prédio não está obrigado a receber as águas artificialmente levadas ao prédio superior, ou ali colhidas, como no caso das obtidas por meio de equipamentos e obras, pois não resultam naturalmente do superior. Nessa hipótese, poderá exigir que se desviam ou, aceitando, reclamar indenização pelos prejuízos sofridos e pela possível desvalorização do imóvel.

De outro modo, o proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir, ou desviar o curso natural das águas remanescentes pelos prédios inferiores. Assim, não poderá realizar obras que modifiquem prejudicialmente a condição natural do prédio inferior, por exemplo, realizando dreno que cause alagamento no terreno vizinho ou canalização que retire seu acesso as águas remanescentes.

O proprietário tem direito de construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio, desde que não importem em cerceamento a seus vizinhos. Contudo, se as águas represadas invadirem prédio alheio, será indenizado o seu proprietário pelo dano sofrido, deduzido o valor do benefício obtido, bem como dos danos que advenham da infiltração ou irrupção das águas ou da deterioração das obras destinadas a canalizá-las.

No mesmo sentido, o possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas destinadas aos imóveis inferiores, devendo recuperar as que poluir e ressarcir os danos sofridos pelos seus vizinhos.

Hipótese pertinente a esse estudo diz respeito à construção de canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito e indispensáveis ao atendimento das suas necessidades, disciplinado do art. 1.293 ao 1.296 do CC/02. Tal previsão se assemelha à passagem de cabos e tubulações.

O proprietário, por exemplo, poderá edificar canais sobre o terreno alheio para receber as águas indispensáveis as suas atividades agrícolas ou industriais. O vizinho não poderá impedir a efetivação da obra, mas poderá exigir que a canalização seja subterrânea e utilize as melhores técnicas disponíveis, de forma a evitar maiores danos a sua propriedade, e terá direito à indenização pelo uso do seu terreno e por potenciais danos que eventuais falhas no aqueduto possam causar ao imóvel.

1.6 Da natureza jurídica dos direitos de vizinhança

A doutrina sobre a natureza jurídica dos direitos de vizinhança foi fortemente influenciada pelo Código de Napoleão, que a considerava uma servidão legal. Os adeptos dessa corrente argumentam que os ônus que oneram a propriedade são gravados em razão do prédio vizinho. Todavia, a prosperar tal posição, necessariamente, todos os prédios estariam sob o regime da servidão, pois o direito de vizinhança se impõe no interesse geral e importa em reciprocidade entre os imóveis. Nesse sentido, por exemplo, Dantas⁶ leciona tratarem-se de direitos reais inominados.

A maioria dos doutrinadores, no entanto, atualmente, defendem a natureza jurídica de obrigações *propter rem*. Como esclarece De Farias; Rosenvald⁷ a principal característica de tais obrigações é o fato da determinação indireta dos sujeitos, pois o dever não incide imediatamente sobre A ou B, mas a qualquer um que se vincule a uma situação jurídica de titularidade de direito real ou parcelas dominiais (v.g. usufrutuário) ou mesmo, a quem exerça um poder fático sobre a coisa (possuidor).

A dificuldade de classificação dos casos concretos relacionados ao direito de vizinhança nas categorias doutrinárias reforça a opinião de Gomes⁸ para quem alguns direitos de vizinhança têm natureza pessoal e outros, real.

A título exemplificativo, como enquadrar a passagem forçada relativa ao direito de vizinhança? Ao exigir a passagem de canalização pelo terreno vizinho, mediante indenização, como única forma de ter acesso à fonte de abastecimento de água, o proprietário não exerce servidão, pois não há acordo de vontades, mas determinação legal proveniente de direito de vizinhança. Como observam De Farias; Rosenvald:

⁶ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

⁷ DE FARIAS, C. C.; ROSENVOLD, N. 2008.

⁸ GOMES, Orlando. 2008.

Os direitos de vizinhança onerosos se aproximam das servidões, não pelo fato de se constituírem em novas espécies de direitos reais, mas pela imposição do ordenamento de deveres cooperativos de um vizinho ao atendimento de necessidades de outro morador. A propriedade de uma pessoa passa a servir aos interesses de outra, que dela poderá extrair necessidades.⁹

Ora, os direitos de vizinhança como a passagem forçada ou a passagem de cabos e tubulações que são exigíveis por previsão legal e exigem o pagamento de indenização ao vizinho atingido pela restrição não podem alcançar os futuros adquirentes sem a efetiva publicidade produzida pela registro do gravame no ofício imobiliário competente, sob pena de prejudicar o adquirente de boa fé, que acertou o preço do bem sem o pleno conhecimento dos seus atributos e condições.

2 Das servidões

Anteriormente à diferenciação entre os institutos do direito de vizinhança e da servidão, importante realizar uma breve exposição sobre o segundo.

Sucintamente, a servidão constitui-se um direito real de gozo ou fruição sobre a coisa alheia imóvel, pelo qual a coisa dominante (*res dominans*) sujeita a coisa serviente (*res serviens*) a prestar uma utilidade a si inerente.

Segundo Di Pietro,¹⁰ são princípios que regem a servidão a perpetuidade; a indivisibilidade; o uso moderado; a não presunção e o de que *nulli res sua servit*, ou seja, a servidão não se institui sobre coisa própria.

2.1 Da servidão civil e administrativa

As servidões administrativas não se confundem com as servidões civis ou prediais. Enquanto nas primeiras, a coisa dominante é o serviço público e a coisa serviente é o bem afetado a sua realização, nas servidões prediais a relação se estabelece entre dois prédios, sendo as restrições constituídas sobre um a favor de outro. Na lição de Di Pietro:

Servidão administrativa é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública.¹¹

⁹ DE FARIAS, C. C.; ROSENVOLD, N. 2008. p.441.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. 2001.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. 2001. p.143.

Ainda segundo Di Pietro, a servidão administrativa, por se submeter ao regime jurídico de direito público, constitui-se uma prerrogativa da Administração Pública, a qual agirá com o poder de império que lhe permite onerar a propriedade privada com um direito real de natureza pública, sem obter previamente o consentimento do particular ou título expedido pelo Judiciário, sob o fundamento da supremacia do interesse público sobre o privado. As servidões administrativas constituem-se, via de regra, diretamente da lei, por acordo de vontade ou por sentença judicial.

Nas servidões civis, por sua vez, ao contrário da administrativa, há um prédio dominante, um imóvel se coloca a serviço de outro e não a serviço de uma utilidade pública como na servidão administrativa. Nas instalações de redes elétricas ou redes de água e/ou esgoto em terrenos particulares, a limitação ao uso e gozo da propriedade ocorre em razão do serviço público e não de outro imóvel, configurando uma servidão administrativa. De outra forma, a abertura de janela em parede própria ou na do vizinho para obtenção de luz tem por objetivo proporcionar uma utilidade essencial ao prédio dominante gravando o serviente, caracterizando uma servidão civil.

Sendo um direito real, a servidão adere à coisa, apresentando-se como um ônus que acompanha o prédio serviente em favor do dominante. Logo, a servidão serve à coisa e não ao dono, restringindo a liberdade natural da coisa, por isso é um direito real, ao passo que a obrigação restringe a liberdade natural da pessoa. De forma que, no que concerne à servidão predial autorizada em proveito de imóvel, não poderá ela ter por objeto vantagens alheias às necessidades desse mesmo imóvel.¹²

As servidões prediais, portanto, são ônus impostos a um prédio serviente em favor de outro, o dominante, constituídos pela perda ou tolerância do exercício de alguns dos direitos inerentes à propriedade do imóvel serviente pelo outro.

3 Da diferenciação entre os institutos

Segundo Meirelles,¹³ as restrições de vizinhança não são servidões prediais ou administrativas, como erroneamente referem alguns autores e julgados menos afeitos à técnica jurídica. Enquanto as servidões prediais são direitos reais sobre coisa alheia, as restri-

¹² DINIZ, Maria Helena. 1996. p.327. v. 4

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

ções de vizinhança são direitos pessoais exercitáveis entre vizinhos, sem qualquer vinculação direta com a propriedade alheia.

Não se confundem tais servidões com o direito de vizinhança (inadequadamente designado de “servidão legal”), pois: o direito de vizinhança é criado por lei, para dirimir contendas entre vizinhos; as servidões privadas decorrem de lei ou de convenção, consistindo em encargos que um prédio sofre em favor de outro, para o melhor aproveitamento ou utilização do prédio beneficiado.¹⁴

Exemplo ilustrativo da diferença entre servidão administrativa e direito de vizinhança pode ser dado pela passagem forçada de aqueduto ou eletroduto. A passagem forçada que objetive viabilizar o fornecimento de serviço público gravando imóvel de propriedade de propriedade alheia para beneficiar uma coletividade indeterminada de usuários caracteriza a servidão administrativa. Todavia, caso a passagem tenha por finalidade permitir o acesso ao serviço por um ou mais usuários determinados, como no imóvel que necessita da passagem pelo imóvel lindeiro para ter acesso à rede de água ou luz, estaremos diante de um típico caso de direito de vizinhança, pois o fundamento jurídico para constituição da obrigação de passagem não se constitui em favor do serviço público, mas do particular, do vizinho.

As servidões também não se confundem com as limitações administrativas. A restrição em prol de um interesse público genérico e abstrato importa em restrição administrativa e não servidão. A proteção ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e artístico que limite o uso e o gozo da propriedade, por exemplo, importa em limitação administrativa e não servidão. Nesta inexiste um prédio dominante ou um interesse ou serviço público corporificado a usufruir a utilidade prestada.

A limitação administrativa é uma restrição pessoal, geral e gratuita, imposta genericamente pelo Poder Público ao exercício de direitos individuais, em benefício da coletividade; a servidão administrativa é um ônus real de uso, imposto especificamente pela Administração a determinados imóveis particulares, para possibilitar a realização de obras e serviços públicos. Assim, a restrição à edificação além de certa altura é uma limitação administrativa ao direito de construir, ao passo que a obrigação de suportar a passagem de fios de energia elétrica sobre determinadas propriedades privadas, como serviço público, é uma servidão administrativa, porque onera diretamente os imóveis particulares com

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. 1996. p.326.

uma serventia pública. A limitação administrativa impõe uma obrigação de não fazer; enquanto que a servidão administrativa impõe um ônus de suportar que se faça. Aquela incide sobre o proprietário (obrigação pessoal); esta incide sobre a propriedade (ônus real).¹⁵

Por essa razão, o Tombamento de prédio histórico ou a reserva legal nas propriedades rurais não são servidões, pois a restrição é imposta em benefício do interesse público, seja a proteção ao patrimônio histórico, seja ao meio ambiente, sem a existência de uma coisa dominante. Por outro lado, as limitações administrativas não abrangem os direitos de vizinhança. As primeiras são normas de ordem pública, estabelecidas em favor da coletividade, como as de interesse urbanístico e ambiental, portanto não sujeitas a transação ou renúncia. Os direitos de vizinhança são normas de ordem privada, regulando relações entre particulares, visando a compor conflitos interindividuais, entre vizinhos. Assim, as relações jurídicas provenientes do direito de vizinhança comportam a transação e renúncia do direito pelos particulares ao contrário das limitações administrativas de ordem pública.

4 O registro dos direitos de vizinhança

Firmados os conceitos e as devidas distinções entre os institutos, resta analisar as implicações dos direitos de vizinhança no registro imobiliário. O Código Civil prevê hipóteses nas quais o exercício do direito de vizinhança é condicionado à indenização. São os chamados direitos de vizinhança onerosos, a exemplo dos previstos no art. 1.285, 1.286 e 1.293 do CC/02.

Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.

[...]

Art. 1.286. Mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerara passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.

[...]

Art. 1.293. É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.532.

cados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos.

Para Dantas¹⁶, os direitos de vizinhança são informados por dois princípios: o primeiro que visa a equilibrar o exercício dos direitos de propriedade vizinhos, e um segundo que impõe certos ônus excepcionais a um imóvel, em benefício de outro, em razão do interesse público. Os direitos de vizinhança originados do primeiro princípio seriam encargos ordinários da propriedade, e, por isso mesmo, gratuitos. Os constituídos com fundamento no segundo, fundados no princípio da supremacia do interesse público, são onerosos por imporem ao proprietário uma verdadeira expropriação parcial, gerando o dever de indenização.

Dantas Júnior¹⁷ considera que essas restrições pactuadas entre vizinhos, importando obrigações de não fazer sobre imóveis, quando levadas ao fólio real, criam uma servidão e têm eficácia contra terceiros.

Dito de modo ainda mais claro: se os vizinhos ajustam, por meio de instrumento escrito, uma restrição referente aos respectivos imóveis, tem-se aí uma obrigação de não fazer. No entanto, se esse instrumento que entre ambos foi firmado for levado para registro junto à matrícula do imóvel, no cartório do registro de imobiliário, tem-se agora não mais uma simples obrigação de não fazer, mas sim uma servidão, sendo certo que embora o conteúdo de ambas seja o mesmo, a eficácia quanto a terceiros, certamente, não o é.¹⁸

Embora discorde da posição do autor ao classificar o direito de vizinhança levado ao registro enquanto servidão, essa parece ser a posição adotada majoritariamente pela prática registral como forma de garantir a publicidade plena, resguardando a eficácia perante terceiros. De Farias e Rosenvald¹⁹ ressaltam que os direitos de vizinhança são criados por lei e inerentes ao próprio direito de propriedade com objetivo que assegurar a convivência harmônica entre os vizinhos, enquanto a servidão resulta de ato complexo, iniciado por um negócio jurídico que objetiva aumentar a utilida-

¹⁶ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. 1972.

¹⁷ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **O direito de vizinhança**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁸ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. 2007. p.341.

¹⁹ DE FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. 1972.

de de um prédio em detrimento de outro, com obrigatório registro no ofício imobiliário. Desse fato, concluem os autores, surgiria o equívoco de se adotar a expressão servidão legal em similitude aos direito de vizinhança.

Essa parece ser a posição de Dantas:

Não pensamos chegar ao extremo de afirmar que a unidade conceitual a que o nosso Código Civil reduziu as normas de vizinhança seja ilusória, e que, sob a aparência da homogeneidade, ali convivam direitos de natureza diferente, alguns dos quais qualificáveis como verdadeiras servidões.

Esta última observação, sobretudo, teria o efeito funesto, e por nós de nenhum modo desejado, de tentar admitir no direito brasileiro, por via interpretativa, aquilo que sempre repugnou às suas tradições e à instituição legislativa: a figura das servidões legais.²⁰

E conclui o renomado doutrinador:

Mas é inegável que, entre os direitos de vizinhança, alguns são consubstanciais ao domínio, plasmam-se com ele, e correspondem a restrições que não diminuem ao vizinho aquela extensão de poderes que, como proprietário, lhe assiste sobre o seu prédio; enquanto outros são melhoramentos ou acréscimos, e têm, quer para o beneficiário das vantagens, quer para o portador dos encargos, todas as aparenças de servidão.²¹

Pontes de Miranda adota a seguinte posição:

Sempre que não sejam objeto de regras de direito público, os direitos de vizinhança podem ser restringidos ou excluídos pela vontade dos interessados, ou por estipulação a favor de terceiro. Se não se obedeceu às regras de criação de direitos reais, a eficácia de tais negócios é só entre os figurantes.

O sucessor do proprietário que se obrigou não pode ser constrangido a respeitar obrigação que não foi sua. A fortiori, o proprietário sucessor ou possuidor, se a obrigação foi assumida pelo não proprietário (e.g., o inquilino). Se o negócio jurídico se fez com todas as exigências, inclusive as do registro, é de servidão predial que se trata; e têm de respeitá-la os sucessores do prédio dominante. Se houve, segundo a lei, registro, para efeitos quanto a terceiros, essa eficácia se opera a despeito de não ser real o direito.²²

²⁰ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. 1972.

²¹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. 1972. p.251.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Editora Borsói, 1962. p.296. v. XIII.

Aceita a distinção entre os direitos de vizinhança onerosos e as servidões prediais, é consequência lógica a obrigatoriedade da sua transcrição no Registro de Imóveis. Caso contrário, a restrição legal constituída sobre o imóvel mediante indenização não obrigaria terceiros adquirentes, por não se poder presumir seu conhecimento desta limitação.

O registro dos direitos de vizinhança onerosos na matrícula, pela inexistência de um imóvel dominante, poderá inclusive ser realizado apenas na matrícula do prédio onerado. Em hipótese assemelhada, a Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul permite, na ausência de imóvel dominante específico, que o registro da servidão de oleoduto, gasoduto, eletroduto, aqueduto e assemelhados seja efetuado apenas na matrícula do prédio serviente.

Art.404 CNNR – Nas servidões de oleoduto, gasoduto, eletroduto, aqueduto e assemelhadas, que tiverem como credor o Poder Público, órgão público ou empresa concessionária de serviço público ou afim, e nas quais não haja como dominante um imóvel específico, far-se-á apenas o registro na matrícula do imóvel serviente.

A preservação da matrícula como repositório de todos os atos e direitos que digam respeito ao imóvel, da publicidade registral e da segurança jurídica impõem o acesso dos direitos de vizinhança onerosos ao registro de imóveis. Embora a prática registral esteja albergando os direitos de vizinhança onerosos como se servidões fossem, a exemplo da posição defendida por Dantas Júnior,²³ parece-nos que a melhor interpretação e técnica jurídica possibilitam que os direitos de vizinhança onerosos tenham assento na matrícula enquanto tal.

Conclusão

As restrições à propriedade estabelecidas pelos chamados direitos de vizinhança são estabelecidas em lei com o objetivo de harmonizar a convivência entre os proprietários vizinhos, implicando limitações recíprocas, ou seja, podendo ser invocadas por qualquer titular de vizinhança, porventura prejudicado ou atingido pelo mau ou excessivo uso da propriedade vizinha.

Dessa forma, não se confundem com as servidões administrativas ou prediais, nem com as limitações administrativas. Nestas, a restrição é geral e gratuita, imposta genericamente em prol de um

²³ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. 2007.

interesse público abstrato, como a proteção ao meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural. Nas servidões administrativas, há um direito real instituído sobre o imóvel alheio em razão de uma obra ou serviço público específico e determinado. Por sua vez, nas servidões civis ou prediais a coisa dominante é um prédio que restringe o uso de outro (serviente) para seu melhor aproveitamento ou utilidade.

Em razão da proximidade conceitual entre as servidões civis e os direitos de vizinhança onerosos, estes são definidos, muitas vezes, como servidões legais, tendo acesso ao registro de imóveis como se servidões fossem. Defende-se ainda que o direito de vizinhança oneroso, pactuado entre as partes, trata-se de obrigação pessoal, a qual somente se transforma em direito real com a transcrição no fólio real a partir da qual terá eficácia *erga omnes*.

A indiscutível diferenciação entre os institutos merece adequado trato pelo registro imobiliário, visando a garantir a plena publicidade e a segurança jurídica nos negócios que envolvam estes imóveis. Dessa forma, embora se possa discordar que os direitos de vizinhança possuam natureza jurídica de servidão quando levados, ou não, a registro, não se pode negar seu acesso à proteção do ofício imobiliário. A garantia resultante da publicidade registral, que assegura a ciência da verdadeira situação do imóvel, não pode ser negada pelo sistema imobiliário registral ao adquirente de boa-fé, sob pena de contrariar frontalmente ao espírito da lei.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.
Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01.10.2008.

_____. Lei dos registros públicos:
Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.
Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01.10.2008.

_____. Novo Código Civil: Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO, Afrânia de. Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CENEVIVA, Walter. Lei dos registros públicos comentada. 18. ed. atual. Até 31 de maio de 2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. O conflito de vizinhança e sua composição. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. O direito de vizinhança. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DE FARIAS, C. C.; ROSENVOLD, N. Direitos reais. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Curso de direito administrativo.** 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito das coisas. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.4.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 19.ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **Sistemas de registros de imóveis.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. **Direito de construir.** 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. **Direito municipal brasileiro.** 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELO JR, Regnberto Marques de. **Lei de registros públicos comentada.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NETO, Michel Cutait. **Direitos de Vizinhança.** São Paulo: Led, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsói, 1962. v. XIII.
- RIO GRANDE DO SUL. **Consolidação normativa notarial e registral da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 15.09.2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro:** Direito das coisas. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

O direito real do promitente comprador

Alessandro Borghetti

Ex-advogado da Caixa no Rio Grande do Sul

Oficial Registrador em Rio Grande/RS

Pós-Graduado em Direito Imobiliário - Centro

Universitário Ritter dos Reis.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto analisar os requisitos e os efeitos advindos do direito real do promitente comprador, recentemente estampado no novo Código Civil, abordando seus aspectos práticos e teóricos, de modo a entender seu alcance dentro do ramo imobiliário. Seu desenvolvimento, baseado em consultas doutrinárias e jurisprudenciais, busca, sem a pretensão de exaurimento do tema, entender o alcance e as consequências jurídicas advindas deste novo direito real, adequadamente implementado pela legislação civil, buscando, também, seu realce dentro da legislação extravagante. A necessidade de registro do instrumento contratual e o direito de postular a adjudicação compulsória (este tópico, por sinal, com enorme controvérsia), são temas bastante discutidos no desenvolver da obra, o que enaltece a discussão sobre a questão, momente pela grande repercussão que gera nos negócios imobiliários. O impacto das inovações trazidas pela lei 9.785/99, nas promessas de compra e venda de lotes, também foram itens de destaque. Com isso, objetivou-se, na presente obra, entender, não só no novo Código Civil, mas, também, em diversos diplomas legais, a conferência de direito real ao promitente comprador.

Palavras-chave: Direito real. Promitente comprador. Registro. Adjudicação compulsória.

ABSTRACT

The present study has as object to analyze the requirements and the effects that result from the real right of the promising buyer, recently printed in the new Civil Code, approaching its practical and theoretical aspects, in order to understand its range on the real estate office business. Its development, based on doctrinal and jurisprudence consultations, look for, without the pretension of exhausting the subject, understanding its range and the legal consequences that come from this new real right, implemented accordingly by the civil legislation, also, searching, its enhancing inside of extravagant legislation. The necessity of registry the contractual instrument and the right to postulate the

compulsory adjudication (this topic it is a enormous controversy), those are themes that have most debates during the work, what improves the discussions about the question, mainly because the great repercussion that generates in the real estate negotiations. The impact of innovations brought by law number 9.785/99, in the promises of selling and buying lots, also were detachedly items. About this, it was objectified, in the present study, to understand, not only new Civil Code, but, also, in several diplomas, the real right conference to the promising buyer.

Keywords: Real right. Promising buyer. Registry. Compulsory adjudication.

Introdução

Promessa de compra e venda é o contrato através do qual uma das partes se compromete a adquirir o domínio de bem imóvel, mediante preço ajustado e condições estipuladas com outra, que promete transmiti-lo. Frise-se que deverão estar presentes os elementos característicos da compra e venda, tais como preço, coisa e consentimento, com o acréscimo de outro elemento peculiar à promessa de compra e venda, qual seja, a promessa de transmissão da propriedade.¹ O compromissário comprador, ao pagar o preço avençado e cumprir com todas as suas obrigações constantes no contrato, possui direito real de aquisição sobre o imóvel, com os direitos e efeitos decorrentes de tal status jurídico.

De acordo com o disposto no artigo 1.417, do Código Civil, é importante consignar que, para que seja efetivado o direito real do promitente comprador, o contrato não pode conter cláusula de arrependimento, pois, caso contrário, o promitente vendedor poderá, a seu livre arbítrio e, com supedâneo nesta cláusula, desistir de outorgar a escritura definitiva de compra e venda.

Por outro lado, não havendo a cláusula de arrependimento, o contrato de promessa de compra e venda, celebrado por instrumento público ou particular, e registrado no cartório de registro de imóveis, confere ao promitente comprador direito real de aquisição, com todos os efeitos que lhe são inerentes, tais como oponibilidade erga omnes, direito de sequela e direito de adjudicação compulsória.

Conforme nos ensina Figueiredo Jr., o instituto jurídico da promessa de compra e venda, tal como inserida no Código Civil, decorrente da inscrição do instrumento público ou particular celebra-

¹ ROMITTI, Mário Muller; DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Comentários ao código civil brasileiro:** do direito das coisas. Arts. 1.390-510. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.47. v. XIII.

do entre as partes, devidamente registrado no Registro de Imóveis, não confere ao promitente comprador direito real, equiparável ao direito de propriedade. O que se verifica, isto sim, é a existência de um novo direito real, voltado a garantir, efetivamente, aquele que se compromete a adquirir um imóvel. Trata-se, em outras palavras, de direito à aquisição para o futuro. É direito real em toda a sua extensão e profundidade para os fins definidos neste Título IX; contudo, a aquisição da propriedade, como consequência lógica dessa relação contratual, envolvendo, também, um direito real, dependerá da configuração de novos requisitos específicos.²

1 Requisitos

De acordo com o disposto no artigo 1.417 do Código Civil, o direito do promitente comprador deve preencher os seguintes requisitos para que seja efetivamente reconhecido como direito real: celebração por instrumento público ou particular; ausência de cláusula de arrependimento; registro no ofício imobiliário. Acrescenta-se a estes, ainda, em interpretação ao que dispõe a Lei 6.015/73 os seguintes requisitos: capacidade das partes; que o preço seja pago no ato ou a prazo de uma só vez ou em prestações.

1.1 Celebração por instrumento público ou particular

Conforme dispõe o artigo 1.417, do Código Civil, o contrato de promessa de compra e venda poderá ser celebrado tanto por instrumento público como por instrumento particular, o que significa dizer que será realizado obrigatoriamente por escrito.

Em primeiro lugar, cumpre observar as normas gerais previstas para a realização de qualquer negócio jurídico estipuladas no artigo 104, do Código Civil. Segundo esse dispositivo legal, o negócio jurídico para ser válido deve ter: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Dito isso, cumpre tecer algumas considerações extremamente importantes, sobre a possibilidade de elaboração do contrato através de instrumento particular.

O disposto no artigo 1.417, do Código Civil excepciona a regra estabelecida no artigo 108, do mesmo diploma legal, que assim dispõe:

Art. 108. Não dispondo a lei em sentido contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios

² FIGUEIRA JÚNIOR *apud* FIUZZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002. p.1.245.

jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Com efeito, não há dificuldade de interpretação, uma vez que trata-se o artigo 108 de norma geral, enquanto que o artigo 1.417, constitui norma específica, prevalecendo, portanto, sobre a norma genérica. Além disso, o próprio artigo 108 menciona a possibilidade de a lei estabelecer exceções, como, por exemplo, a estabelecida no artigo 1.417.

Dessa forma, constata-se, com relação à constituição do direito real do promitente comprador, uma exceção ao disposto no artigo 108, do Código Civil, uma vez que haverá a constituição de um direito real, sem a necessidade de se valer do instrumento público, mesmo que o valor do contrato ultrapasse trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país. Este é o entendimento da jurisprudência:

Ementa: adjudicacao compulsória. Requisitos. Carência de ação insubstancial. O contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel não loteado, sem cláusula de arrependimento, cujo preço tenha sido pago, desde que inscrito a qualquer tempo no registro imobiliário, atribui ao promitente comprador direito real oponível a terceiros e lhe confere o direito de adjudicação compulsória. O instrumento particular, nesse caso, é expressamente autorizado pelo art. 11, do Decreto-Lei n. 58/37. Carência de ação, pronunciada em primeiro grau, insubstancial. Apelo provido.³

Outra observação importante quanto à celebração do contrato por instrumento particular é a necessidade de que as firmas das partes e das testemunhas estejam reconhecidas por autenticidade, a fim de que tal título tenha guarida no Registro de Imóveis, nos termos do disposto no artigo 221, inciso II, da lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos).

Nesse ponto, é importante salientar que muito embora o artigo 221, do Código Civil, não faça referência à obrigatoriedade da presença das testemunhas na celebração do instrumento particular, adota-se o posicionamento do ilustre doutrinador Paiva, no sentido de ser obrigatória a presença das testemunhas, em razão de o disposto no artigo 221, inciso II, da LRP, ser norma específica em matéria registral.

³ PORTO ALEGRE. Tribunal de Alçada do RGS. (3^a Câmara Cível). **Apelação cível nº 186013835**. Relator: Sílvio Manoel de Castro Gamborgi. Julgado em: 16 de abril de 1986.

No tocante à necessidade ou não da presença de testemunhas no instrumento particular, entende-se que o artigo 221 da Lei dos Registros Públicos - por tratar de matéria específica - continua vigorando, e, consequentemente, mantém-se a obrigatoriedade para a formalização do ato.⁴

Por fim, cumpre destacar que de acordo com o artigo 369, do CPC, c/c §5º, do artigo 649, da CNNR da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, as firmas devem ser reconhecidas por autenticidade, não podendo o registrador admitir o ingresso de instrumentos particulares com firmas reconhecidas por semelhança.

Quanto ao instrumento público, esse deve ser elaborado por tabelião, nos termos do artigo 215, do Código Civil, do artigo 7º, inciso I, da Lei 8.935/94, das disposições constantes na Lei 7.433/85, bem como, aqui no Estado do Rio Grande do Sul, pelas normas descritas no Título VI, capítulo II, seção II, da CNNR, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Outrossim, de acordo com o artigo 225, da LRP, o contrato, tanto o celebrado por instrumento público, como o celebrado por instrumento particular, devem indicar, com precisão, os característicos, as confrontações e as localidades dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

No que se refere à forma dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis loteados, deve-se levar em consideração os requisitos estabelecidos no artigo 26, da Lei 6.766/79. Destaca-se, aqui, em apertada síntese, que o contrato deve ser elaborado em três vias, ficando uma para cada parte e a outra para ser arquivada no registro de imóveis, nos termos do artigo 26, §1º, bem como a possibilidade do précontrato (artigo 27), inclusive com possibilidade de registro no cartório de imóveis.

1.2 Ausência de cláusula de arrependimento

Para que seja constituído o direito real, a norma impõe que o contrato não contenha cláusula de arrependimento.

⁴ PAIVA, João Pedro Lamana. **O instrumento particular e o registro de imóveis.** Disponível em: <<http://www.lamanapaiva.com.br/index2.htm>>. Acesso em: 21.09.2007.

Diante deste comando legal, alguns doutrinadores passaram a entender que o contrato de promessa de compra e venda com cláusula de arrependimento não teria guarida no Registro de Imóveis. Romitti dispõe o seguinte:

Na ausência de cláusula expressa, será irretratável, ou seja, as partes não poderão, isoladamente, retornar ao estado anterior. Claramente, estão consagradas e perfeitamente distinguidas duas modalidades de compromisso: numa, quando expressamente pactuado arrependimento, sem acesso ao registro imobiliário, estaria relegada ao plano de direito pessoal, e por este regido; noutra, quando não facultado arrependimento e registrada, constituir-se-á direito real. Deste, decorreriam os típicos efeitos da oponibilidade *erga omnes*, sequela e o peculiar de execução compulsória.⁵

Observe que no seu entendimento, não obstante o disposto no artigo 167, inciso I, 9, da Lei dos Registros Públicos, não teria acesso ao cartório de Registro de Imóveis o contrato que permitisse o arrependimento.

Ora, resta claro que para se constituir o direito real almejado, o contrato deve ser irretratável e devidamente registrado no registro de imóveis.

Entretanto, o artigo 167, inciso I, 9, da LRP, prevê expressamente a possibilidade de registro do contrato de promessa de compra e venda, com ou sem cláusula de arrependimento:

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro:

[...]

9) dos contratos de compromisso de compra e venda, de cessão deste e de promessa de cessão, com ou sem cláusula de arrependimento, que tenham por objeto imóveis não loteados e cujo preço tenha sido pago no ato de sua celebração ou deva sê-lo a prazo, de uma só vez ou em prestações;

Diante disso, salvo melhor juízo, entende-se que a serventia imobiliária, por expressa disposição legal, pode permitir o ingresso do compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, não ensejando, contudo, através deste registro, a constituição de direito real, por ausência de um requisito indispensável previsto no artigo 1.417, do Código Civil, qual seja, a ausência de cláusula de arrependimento. Ora, para que o promitente comprador

⁵ ROMITTI, Mário Muller. 2004. p.49.

tenha direito real, devem estar preenchidos todos os requisitos estabelecidos na norma legal em destaque, tanto a ausência de cláusula de arrependimento, como o registro no cartório imobiliário, de modo que a ausência de um deles já é suficiente para a não constituição de direito real.

Entende-se, também, que não há óbice no ingresso do contrato de promessa de compra e venda com cláusula de arrependimento no registro de imóveis, pois nem todos os títulos que possuem guarda no cartório imobiliário geram direitos reais. Com efeito, de acordo com o artigo 172, da lei 6015/73, podem, também, dar validade em relação a terceiros ou dar ao titular do bem poder de disposição. Por outro lado, para a constituição de qualquer direito real por ato entre vivos, via de regra, há a necessidade de registro no álbum imobiliário, conforme determina o artigo 1.227, do Código Civil.

Ademais, pelo princípio da concentração, todos os atos que digam respeito a determinado imóvel, podem ser levados ao cartório imobiliário, desde que não haja impedimento legal.

Quanto a este tema, cumpre ao legislador ficar atento, pois haverá posições contrárias e favoráveis ao ingresso do contrato com cláusula de arrependimento na serventia imobiliária, cabendo à jurisprudência e ao legislador elaborar um entendimento consolidado sobre a questão, a fim de dar segurança jurídica, tanto aos registradores, como à sociedade em geral.

Pois bem, analisando o contido no artigo 1.417 c/c 463, ambos do Código Civil, conclui-se que o nosso ordenamento jurídico admite duas hipóteses de compromissos de compra e venda.

Um deles é o contrato que podemos chamar de compromisso preliminar de compra e venda, com cláusula de arrependimento, ou, com esta, mas sem o registro no álbum imobiliário, gerador de efeitos apenas de natureza pessoal e sobre essa espécie incidindo as regras gerais sobre o contrato preliminar.

Nesse caso, isto é, havendo cláusula de arrependimento, conforme dispõe o artigo 420, do Código Civil, as arras ou sinal terão caráter exclusivamente indenizatório. Assim, quem as deu perde-las-á em benefício da outra parte, e quem as recebeu devolve-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

A outra espécie consiste naquela em que não se pactuou cláusula de arrependimento e que, registrado no cartório de registro de imóveis, confere ao promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Neste ponto, insta salientar que, no entendimento da doutrina e da jurisprudência do STF, nos compromissos de compra e venda, com cláusula expressa de arrependimento, após o pagamento

do preço total e antes da escritura definitiva, não se admite mais o exercício do arrependimento.⁶

Veja que este entendimento consagrado para os compromissos de compra e venda de imóveis não loteados funda-se na aplicação por analogia do disposto no artigo 15, do Decreto-Lei 58/1937, que possibilita, nos contratos de imóveis loteados, aos compromissários, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura definitiva de compra e venda.

Sobre este tema convém destacar a súmula 166, do STJ:

Súmula 166, STJ: É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937.

Nesse caso, conforme nos ensina Batalha, as arras dadas como princípio de pagamento, ou arras confirmatórias, evidenciam a conclusão do contrato e não conferem direito de arrependimento.⁷

Entretanto, a irretratabilidade do contrato não obsta a resolução da avença por inadimplemento, nem sua dissolução por mútuo acordo, de modo que se no contrato constar uma condição resolutiva com sanção para inexecução das cláusulas contratuais por parte do compromissário-comprador, não perderá o contrato o caráter de direito real.

Veja-se que aqui é imprescindível a constituição em mora do devedor, conforme artigo 32 e parágrafos da lei 6.766/79, para imóveis loteados, e Decreto-Lei 745/69, para imóveis não loteados.

Nesse caso, porém, aplica-se a regra da exceção de contrato não cumprido, estabelecida no artigo 476, do diploma civil, que assim dispõe: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro", de modo que se o promitente comprador não estiver cumprindo seus deveres contratuais, não poderá exigir a escritura definitiva.

1.3 Do registro no registro de imóveis

De acordo com o disposto no artigo 1.417, do Código Civil, para que o promitente comprador faça jus ao direito real, o con-

⁶ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **Do direito do promitente comprador e dos direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.33. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 5 coordenação Miguel Reale e Judith Martins-Costa).

⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei dos registros públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.812. v.2.

trato, celebrado por instrumento público ou particular, deve estar registrado no cartório de registro de imóveis.

Com efeito, esta disposição referente à necessidade de registro na serventia imobiliária existe desde a regra primitiva do artigo 22, do Decreto-Lei 58/1937, onde determinava “a averbação à margem das transcrições aquisitivas”. Com o passar do tempo, essa norma sofreu as alterações necessárias, até chegar à atual redação, que exige, da mesma forma, o registro, para se constituir o direito real à aquisição. Assim, os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem direito à adjudicação compulsória.

Veja-se que, nessa hipótese, o registro possui cunho constitutivo e a menção pelo artigo 22, do Decreto-Lei 58/1937, da expressão “inscritos”, não causa dificuldade de interpretação, tendo em vista o esclarecimento necessário dado pela Lei 6.015/73, que em seu artigo 168, esclarece que estão englobadas na designação genérica de registro as inscrições e as transcrições estipuladas nas leis civis.

Durante muito tempo discutiu-se, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, acerca da necessidade de registro do instrumento contratual na serventia imobiliária para poder gerar, ao promitente comprador, direito à adjudicação compulsória.

Tal assunto será tratado, com maior destaque, na parte relativa aos efeitos do direito real do promitente comprador, bastando, neste ponto, apenas referir que, com o advento do Novo Código Civil, entende-se que não se sustenta mais em nosso ordenamento jurídico o entendimento lastreado pelo C. STJ, sintetizado na súmula 239, no sentido de não ser obrigatório o registro do instrumento contratual no cartório de registro de imóveis para dar guarida à adjudicação compulsória, pois o artigo 1.417, do CC, é claro em determinar que o direito real só se adquire, dentre outros requisitos, pelo registro do contrato na serventia imobiliária.

O entendimento que restou consolidado pelo STJ é no sentido de que a adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do contrato no cartório imobiliário, conforme súmula 239: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

Nesse sentido, manifestou-se a 3^a Turma do C. STJ no julgamento do REsp.30, rel. Min. Eduardo Ribeiro, em cujo acórdão foi proclamado que a falta do registro não acarreta a ausência do direito pessoal à adjudicação, conforme consta da ementa:

Promessa de venda de imóveis – Instrumento particular – Adjudicação compulsória – Decreto-lei 58/1937 – Lei 6.766/79. A promessa de venda gera efeitos obracionais não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendi* à inscrição no registro de imóveis (DJ 18.06.1989).⁸

No entanto, com o advento do novo Código Civil, entende-se que perdeu validade o comando contido na súmula do STJ, uma vez que a lei civil maior expressamente consignou a necessidade de registro no cartório de registro de imóveis do instrumento contratual para que seja conferido direito real ao promitente comprador.

Com efeito, o direito real do promitente comprador adquire-se pelo registro (art. 1.417). Como o artigo 1.418, do CC, somente possibilita a adjudicação compulsória ao titular de direito real, significa dizer que só poderá postular a adjudicação do imóvel o titular de compromisso de compra e venda registrado, já que decorrente da promessa real, e não apenas da promessa.

Com relação ao assento imobiliário, convém destacar que o acolhimento dos títulos submetidos a registro deve levar em consideração o princípio da especialidade, decorrente das normas previstas nos artigos 182 e 198, da Lei dos Registros Públicos. Assim, se o título de promessa de compra e venda não atender aos pressupostos legais, caberá ao registrador impor as exigências necessárias para se proceder ao assento. Nessa hipótese, se a parte interessada não concordar, haverá, a requerimento desta, o incidente de suscitação de dúvida, de acordo com o procedimento estabelecido no artigo 198, da LRP.

Nessa esteira, é oportuno lembrar o princípio elaborado por Serpa Lopes, no sentido de que em matéria de registro de imóveis, toda interpretação deve tender para facilitar o acesso dos títulos ao registro.

Outra questão importante que se discutiu por longos anos na jurisprudência é sobre a possibilidade de ajuizamento da ação de embargos de terceiro do promitente comprador, que se vê espoliado da posse do imóvel prometido por apreensão judicial.

A título ilustrativo, convém descrever o fundamento da ação de embargos de terceiro, estabelecido no caput do artigo 1.056, do CPC:

⁸ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. 2006. p.35.

Art. 1.056. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

Sobre a possibilidade de ajuizamento da ação de embargos de terceiros pelo promitente comprador, com imissão na posse e com o título registrado na serventia imobiliária, não resta a menor dúvida.

A discussão surge quando o contrato de promessa de compra e venda não está registrado.

Nesse caso, o STF editou entendimento no sentido de ser incabível a ação de embargos de terceiro quando o contrato não estiver registrado no cartório de imóveis, através da súmula 621.

Posteriormente, passou a dominar no seio jurídico a orientação do STJ, que passou a ser o órgão judicial responsável por apreciar as matérias infraconstitucionais, no sentido de que o comprador, devidamente imitido na posse do imóvel, pode opor embargos de terceiro possuidor, com base no §1º, do artigo 1.046, do CPC, para impedir a penhora promovida pelo credor do vendedor. Nesse caso, a ação não é obstada pela circunstância de não se encontrar o contrato registrado no Ofício Imobiliário.⁹

O entendimento pela desnecessidade de registro da promessa de compra e venda na serventia imobiliária para se opor embargos de terceiro é também seguido, até os dias atuais, pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. ESCRITURA NÃO INSCRITA NO REGISTRO DE IMÓVEIS. SUCUMBÊNCIA. RESPONSABILIDADE. 1. A constrição do imóvel objeto da discussão dos autos foi causada pelos apelados ao retardarem o ato de registro da escritura de compra e venda, evitando que terceiros pudessem indicar tal bem à penhora. 2. Não obstante tenham vencido a demanda, na medida em que a penhora foi desconstituída em virtude do reconhecimento do pedido, foram os embargantes que ensejaram a constrição, devendo, por consequência, arcar com o ônus sucumbencial. Princípio da causalidade. Inteligência da Súmula 303 do STJ. APELAÇÃO PROVIDA.¹⁰

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso especial nº 6.637. 12.03.1991.

¹⁰ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do RGS (9ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 70016746323.** Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em: 11.07.2007.

No entanto, como cabe ao promitente-comprador levar aoório imobiliário o contrato para ser registrado, mesmo sendo procedente a demanda, terá que arcar com os ônus sucumbenciais. Além disso, a exegese que se extrai do artigo §1º, do artigo 1.046, do CPC, é a de que necessariamente o embargante deverá ter a posse do imóvel.

Cumpre considerar, por fim, o cancelamento noório imobiliário dos contratos de promessa de compra e venda.

Com efeito, existem duas formas de cancelamento dos contratos de promessa de compra e venda: de imóveis loteados e de imóveis não loteados.

Quanto aos imóveis loteados, no momento em que se pactua a promessa de venda de um lote, abre-se a matrícula deste, com o consequente registro do instrumento do compromisso de compra e venda, averbando-se esta circunstância no registro originário, junto ao loteamento. Este registro confere ao promitente comprador direito real oponível a terceiros, face a sua oponibilidade *erga omnes*.

Reza o artigo 32, *caput*, da lei 6.766/79, que uma vez vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 (trinta) dias depois de constituído em mora o devedor. Portanto, incumbe ao interessado postular, junto ao oficial do cartório de imóveis, a intimação do devedor para saldar as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, acrescido de juros e custas de intimação (art. 32, §1º).

De acordo com o artigo 49, da Lei 6.766/79, as intimações serão feitas pessoalmente, podendo, também, ser realizadas através do cartório de títulos e documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-las. Se o destinatário se recusar a dar recibo ou se furtar ao recebimento, ou se for desconhecido seu paradeiro, o funcionário incumbido da diligência informará esta circunstância ao oficial competente, que a certificará, caso o funcionário não tenha poderes para realizar a certificação. Nesse caso, se procederá a intimação por edital, na forma estabelecida na lei do parcelamento do solo urbano.

Apesar do silêncio da lei, não há óbice para que a intimação seja efetuada mediante carta com aviso de recebimento, o que facilita as intimações quando a residência ou o domicílio do devedor se encontrar fora do município do imóvel.

Decorridos os trinta dias do prazo, havendo o pagamento dos valores devidos, junta-se ao processo de loteamento cópia do recibo passado ao compromissário, bem como o recibo assinado pelo compromitente, dando quitação.

No entanto, não ocorrendo o pagamento no prazo referido, com a certidão de não haver sido feito o pagamento em cartório, o vendedor requererá ao oficial o cancelamento, através de averbação. Como bem salienta Rizzato, não é suficiente a simples alegação do credor em afirmar ser desconhecido o endereço do devedor. Há de se fazer prova acerca de tal fato.¹¹

Além do cancelamento por inadimplemento, pode-se cancelar o registro do compromisso através de decisão judicial ou a requerimento conjunto das partes, nos termos do artigo 36, da lei 6.766.

Ademais, conforme disposto no artigo 33, da lei 6.766, pode também o credor se recusar a receber as prestações devidas, ocasião em que o devedor notificará o credor, através do cartório de imóveis ou do cartório de títulos e documentos (art. 49) para receber as importâncias devidas. Nesse caso, decorridos 15 dias após o recebimento da intimação, sem manifestação do credor, considerar-se-á efetuado o pagamento, a menos que o credor impugne o depósito e, alegando inadimplemento do devedor, requeira a intimação deste para os fins do artigo 32.

Quanto aos imóveis não loteados, não há previsão de procedimento administrativo, devendo ser aplicada, consequentemente, a regra contida no artigo 1º, do Decreto-Lei 745/69, havendo a necessidade de se constituir em mora a parte inadimplente por interposição judicial ou através do ofício de títulos e documentos.

Dessa forma, científica-se o devedor de que lhe é concedido prazo de 15 dias para a purgação das prestações em atraso.

Não havendo manifestação do devedor, caberá ao promitente-vendedor ingressar com ação de resolução contratual, com fundamento no artigo 475, do Código Civil.

Veja-se abaixo o posicionamento consolidado do STJ, acerca da necessidade de constituição em mora para ingressar com a ação competente.

**PROMESSA DE VENDA E COMPRA. CONSTITUIÇÃO
EM MORA. PREVIA INTERPELAÇÃO. CONSIGNATORIA
PROPOSTA EM TEMPO HABIL. PARA A CONSTITUIÇÃO
EM MORA DO COMPROMISSARIO-COMPRADOR E
NECESSARIA A PREVIA INTERPELAÇÃO JUDICIAL OU POR
INTERMÉDIO DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS E
DOCUMENTOS (ART. 1.º DO DEL. NUM. 745, DE 07-08-
1969). ENQUANTO NÃO REGULARMENTE CONSTITUIDO
EM MORA, E FACULTADO AO COMPROMISSARIO-COM-**

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano:** leis 6.766/79 e 9.785/99. 6. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.119.

PRADOR INTENTAR A AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, A TODO O TEMPO, NÃO IMPORTANDO A DELONGA HAVIDA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.¹²

Concluída a demanda, o registro da promessa de compra e venda é cancelado através da averbação na matrícula do mandado judicial de cancelamento, nos termos dos artigos 167, inciso II, 2, 246 e 250, inciso I, todos da lei 6.015/73.

1.4 Da capacidade das partes

Requisito indispensável em qualquer negócio jurídico (art. 104, inciso I, do CC), a capacidade das partes também é exigida na realização do compromisso de compra e venda.

Dessa forma, quem se compromete a vender determinado bem deve ser o legítimo proprietário, além de ser plenamente capaz, a fim de que possa manifestar seu direito de disposição.

O compromissário-comprador e o compromissário-vendedor deverão estar em pleno gozo de sua capacidade civil, ou devidamente representados e/ou assistidos, nos termos do disposto nos artigos 3º e 4º, do Código Civil.

Nessa esteira, Gomes sustenta que sendo a escritura definitiva um ato devido, tem-se entendido que sua prática exige a capacidade das partes. A exigência não se justifica no rigor dos princípios, porque a superveniência de incapacidade não escusa o devedor de cumprir obrigação assumida quanto era plenamente capaz. A fim de evitar, entretanto, eventuais impugnações à validade do título translativo, convém que o assine quem represente o promitente-vendedor e, se for caso, o cônjuge.¹³

Quanto à necessidade de outorga uxória na realização dos contratos de promessa de compra e venda, convém salientar que no caso do promitente-comprador não há maiores discussões sobre sua desnecessidade, tendo em vista que este contraente não está praticando nenhum ato de disposição.

Com efeito, dispensa-se a outorga uxória em relação ao promitente comprador casado, como sucede nas escrituras públicas definitivas, onde basta a presença do adquirente. Não se visualiza regra legal ordenando o consentimento de quem recebe.¹⁴

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.turma). Recurso especial nº 58.620/CE. Relator: Ministro Barros Monteiro. Julgado em: 25 de junho de 1996, **Diário de Justiça**, Brasília, p.35112, Fortaleza, 23.09.1996.

¹³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 16º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.333.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. 2003. p.164.

No entanto, no que concerne ao promitente-vendedor, a questão gera maiores discussões que se passa a analisar a seguir.

De acordo com o disposto no artigo 11, §2º, do Decreto-lei 58/1937, é indispensável a outorga uxória quando seja casado o vendedor nos compromissos de compra e venda. No mesmo sentido, é a orientação do artigo 18, inciso VII e §3º, da Lei 6.766/79.

Nos dois artigos citados acima, não há qualquer tipo de alusão ao regime de bens do casal.

Diante disso, Rizzardo entende que sempre será necessária a outorga uxória, independentemente do regime de bens adotado pelo casal.

Segundo seu entendimento os artigos 5º e 22 do Decreto-Lei 58/37, e 25, da Lei 6.766/79, atribuindo eficácia de direito real aos contratos, não conduzem a outra interpretação senão quanto à necessidade de outorga uxória. Em vista das normas legais, sendo casado o transmitemte, a assinatura do cônjuge é indispensável para dar validade plena ao negócio, seja qual for o regime de bens do matrimônio.¹⁵

Entretanto, com o advento do artigo 1.647, inciso I, do Novo Código Civil, entende-se que é dispensável a outorga uxória no regime de separação absoluta de bens.

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

Em primeiro lugar, sendo o direito do promitente comprador um direito real, conforme artigo 1.225, inciso VII, do CC, suas disposições devem obedecer ao comando previsto no inciso I, do artigo 1.647.

Ora, se o legislador não tivesse a intenção de deixar ao livre arbítrio de cada cônjuge casado sob o regime de separação de bens a oneração e a alienação de direitos reais sobre bens imóveis, não faria menção expressa na legislação.

Além disso, trata-se de uma nova lei que está disciplinado especificamente as questões sobre os regimes de bens, determinando, em cada regime matrimonial, os direitos e os deveres dos cônjuges.

Outra hipótese em que o cônjuge não precisará da outorga uxória é quando o contrato recair sobre bem particular e o casal adotar o regime da participação final dos aquestos, havendo a necessidade de tal situação constar expressamente no pacto antenupcial, conforme artigo 1.656, do Código Civil.

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. 2003. p.164.

Portanto, salvo melhor juízo, entende-se que deve ser obedecido, nos compromissos de compra e venda, a regra contida no inciso I, do artigo 1.647 e artigo 1.656, de modo que em apenas nesses dois casos não haverá a necessidade de autorização do cônjuge para que o promitente vendedor possa celebrar o contrato referido. No sentido de ser desnecessária a anuência do cônjuge no regime de separação, segue a orientação da doutrinadora Diniz, que assim se pronuncia:

Todas as restrições subjetivas existentes para a elaboração de um contrato de compra e venda valem, igualmente, para a promessa irretratável de venda, de forma que o ascendente não poderá estipulá-la com descendente, sem a anuência dos demais, e, se for casada a pessoa, indispensável será a outorga uxória ou marital em todo negócio jurídico que implique alienação do bem imóvel. Logo, como a promessa de venda gera um direito sobre o imóvel, não poderá faltar a outorga da mulher do promitente-vendedor, nem a autorização marital, se o bem pertencer à mulher, para que seja válida e eficaz, juridicamente, salvo se o regime for o da separação.¹⁶

Deve-se dizer que a ausência da outorga uxória não gera de imediato a nulidade do compromisso, posto que ficará suspensa sua validade, vindo a se tornar válida com a superveniente anuência.

Batalha sustenta que a falta de outorga uxória torna anulável, mas tal nulidade só pode ser pleiteada pela mulher ou seus herdeiros (Código Civil, arts. 239 e 249).¹⁷ Os artigos referidos referem-se aos artigos 1.650 e 1.645, do atual Código.

É importante destacar que nas cessões de promessas vale a mesma regra referida acima, tanto quando o cedente for o promissário comprador, quanto quando for o promitente vendedor.

No primeiro caso, em que o promissário comprador cede, deve ele se fazer acompanhar do cônjuge ao lavrar a transferência, sob pena de invalidade no caso de suscitação, pois está exercendo um ato de disposição, ao se desfazer de uma situação jurídica que lhe traria determinado bem.

No caso do cedente promitente vendedor, sendo necessária a atuação do cônjuge no momento da celebração da promessa de compra e venda, com maior razão a exigência de seu comparecimento na fase seguinte, pois se desvinculando do crédito, ambos os cônjuges se desvinculam dos residuais direitos de que eram titulares.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito das coisas. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. p.604.

¹⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. 1977. p.834.

Sobre a cessão realizada pelo promitente vendedor, será tratado com maior ênfase no capítulo atinente às cessões.

1.5 Preço pago à vista ou a prazo de uma só vez ou em prestações

Este requisito encontra guarida nos artigos 22, do Decreto-Lei 58/1937 e 167, inciso I, 9, da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos).

Muito embora esse requisito não se encontre expressamente previsto no artigo 1.417, do Código Civil, sua exigência decorre das normas descritas acima, mormente a do artigo 167, inciso I, 9 da LRP.

No momento em que o artigo 1.417 do Código Civil estipula a necessidade de registro do instrumento contratual noório imobiliário para que o promitente comprador faça jus ao direito real, direciona à Lei dos Registros Públicos a disciplina correspondente à forma de se registrar. E, nessa esteira, o artigo 167, inciso I, 9 da LRP é claro em exigir que o preço seja pago no ato de sua celebração, ou deva sê-lo a prazo, de uma só vez ou em prestações.

Cumpre ressaltar, entretanto, que, para lançar mão da ação de adjudicação compulsória, o promitente comprador tem que cumprir suas obrigações estabelecidas no contrato, principalmente no tocante ao pagamento do preço, sob pena de incidir a regra da exceção do contrato não cumprido, previsto no artigo 476, do Código Civil.

Com efeito, se o compromissário-comprador comprometeu-se a pagar, parceladamente, não poderá exigir a escritura definitiva antes do cumprimento integral de sua obrigação nem pedir ao juiz a adjudicação compulsória.¹⁸

Entretanto, se o compromissário comprador antecipar o pagamento integral do preço e se estiver quite com os impostos e taxas, poderá exigir a outorga da escritura de compra e venda, com a possibilidade, ainda, em caso de recusa do promitente vendedor, de postular a adjudicação compulsória, conforme artigos 15 e 16, do Decreto-lei 58/1937.

2 Dos efeitos jurídicos

Os efeitos jurídicos advindos do direito real do promitente comprador são os seguintes: oponibilidade erga omnes; imissão na

¹⁸ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do RGS (19.Câmara Cível). Apelação cível nº 70000341586. Relator: Guinther Spode. Julgado em: 13.06.2006.

posse; da possibilidade de cessão; do direito de exigir a escritura definitiva; da adjudicação compulsória.

O elenco de efeitos jurídicos estabelecido no presente trabalho tem por escopo explicar, da melhor forma possível, as decorrências jurídicas advindas do direito real do promitente comprador, a fim de expor, didaticamente, a matéria ora em exame.

Diniz, entretanto, estabelece um rol mais elástico de efeitos advindos do direito real do promitente comprador, quais sejam: Oponibilidade *erga omnes*; transmissibilidade aos herdeiros; direito de sequela; imissão na posse; cessibilidade da promessa; purgação da mora; adjudicação compulsória; não resolução do contrato por sentença declaratória de falência.¹⁹

Rizzardo cita, por outro lado, os efeitos jurídicos apontados pelo doutrinador Rodrigues, que, a seu turno, apresenta um rol mais conciso, lastreado em três efeitos principais: de gozar e fruir a coisa; de impedir sua válida alienação a outrem; de obter a adjudicação compulsória, em caso de recusa do promitente em outorgar ao compromissário a escritura definitiva de venda e compra.²⁰

Já Gomes resumiu as consequências jurídicas do fato de o promitente comprador ser considerado um direito real, nas seguintes: investido na posse do bem, pode o titular usá-lo sem restrições e fruir suas utilidades; o direito do promitente-comprador é oponível a terceiros; pode aliená-lo mediante cessão; responde pelas obrigações que gravam o imóvel, de natureza fiscal ou civil; extingue-se com o cancelamento do registro; pode ser hipotecado.²¹

Poderíamos, também, ter separado a exigência da escritura definitiva e a adjudicação compulsória, em item separado denominado de execução do contrato. Porém, para efeitos do presente trabalho, ambas as situações foram colocadas dentro do rol dos efeitos, mesmo porque se tratam de decorrências jurídicas lógicas do direito real do promitente comprador.

2.1 Da oponibilidade *erga omnes*

A oponibilidade *erga omnes* decorre do fato de o promitente comprador ter consigo um direito real, que, por sua própria natureza, é oponível perante toda coletividade, de modo que todos devem respeitar a propriedade do titular, respeito que consiste em uma abstenção da coletividade em relação aos bens do indivíduo, não cometendo atos impeditivos ou de usurpação.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. 2007. p.606-8.

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. 2003. p.99.

²¹ GOMES, 2000, p.329.

Tal eficácia, que é decorrente do direito real, surge, nesse caso, através do registro do contrato no álbum imobiliário, dadas as características de publicidade e presunção de veracidade que decorrem da Lei dos Registros Públicos.

Dessa forma, havendo o registro na matrícula do imóvel prometido, toda coletividade é conhecida, em tese, da titularidade do direito real conferido. Por isso o Código Civil, atento às características inerentes do direito real, determina, em seu artigo 1.227, que os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Deste efeito, decorre a favor do promitente comprador o direito de sequela, consistente no vínculo que liga o imóvel ao compromisso, facultando a ele buscá-lo onde quer que se encontre.

2.2 Da imissão na posse

Não se trata a imissão da posse, diferentemente, por exemplo, da oponibilidade erga omnes, de efeito obrigatório do direito real do promitente comprador, pois dependerá das cláusulas previstas no instrumento contratual realizado entre as partes.

Porém, ao conferir direito real ao promitente comprador, o Novo Código Civil amplia a possibilidade de imissão da posse em momento anterior à própria quitação integral do preço avençado.

Diferentemente do que se verificava no Código Civil de 1916, o novo diploma civil, ao conferir direito real ao promitente comprador, amplia a efetiva possibilidade de inserção de cláusula de imissão de posse em momento precedente ao término do pagamento, ou seja, da plena quitação (na maioria das vezes, ocorre após o pagamento do sinal ou da primeira prestação), conferindo-lhe posse relativa direta (ou imprópria direta), tendo-se em conta que o promitente vendedor reservará para si, até o momento da consumação da negociação, a qualidade de possuidor absoluto (posse absoluta indireta).²²

É importante frisar, por oportuno, que mesmo que no instrumento contratual a posse seja deixada para depois do pagamento da totalidade do valor devido, estando preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 1.417, do Código Civil, terá o promitente comprador direito real de aquisição.

Nesse caso, muito embora o contrato se encontre devidamente registrado na matrícula do imóvel e com todos os demais requisitos previstos no artigo 1.417 do Código Civil e do artigo 22, do

²² FIGUEIRA JÚNIOR apud FIUZZA, Ricardo (Coord.). 2002. p.1245.

Decreto-Lei 58/37 preenchidos, não poderá exigir a outorga da escritura definitiva, sem antes pagar todas as prestações que eventualmente ainda forem devidas, nos termos do disposto no artigo 476, do Código Civil. Somente a partir daí, isto é, quitando totalmente o preço avençado, poderá o promitente comprador exigir a outorga da escritura definitiva.

Porém, havendo previsão de imissão na posse, é conferido ao promitente comprador o poder de usar e gozar do imóvel, responsabilizando-se pelas obrigações que gravam o imóvel, fiscais ou civis.

Conforme salienta Romitti, a posse do promitente comprador não se biparte em mediação e imediata, pois não se trata de direito real temporário. Não está, em princípio, sujeita a quaisquer limitações, salvo aquelas eventualmente decorrentes do título. Não é precária nem provisória: é posse causal, conteúdo do direito real de promessa. O promitente comprador possuidor tem por si o uso dos interditos possessórios não apenas contra terceiros, mas até contra o próprio promitente vendedor.²³

Outra questão palpitante é sobre a possibilidade de o promitente comprador, titular de direito real de aquisição, fazer uso da ação reivindicatória.

Como se sabe, a ação reivindicatória é afeta ao titular de um direito de propriedade, que possui as prerrogativas de usar, gozar e dispor da coisa, ou de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, nos termos do artigo 1.228, do Código Civil.

O promitente comprador, embora titular de um direito real, não é ainda o proprietário do bem prometido, uma vez que a propriedade do bem imóvel por ato entre vivos só se adquire com o registro do título translativo (contrato de compra e venda) na serventia imobiliária.

Entretanto, parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido que o promitente comprador também tem direito de ingressar, quando necessário, com ação reivindicatória, desde que investido nas prerrogativas inerentes ao direito de propriedade, quais sejam: dispor, usar e gozar do bem.

Se empossado no terreno, e vindo a acontecer o esbulho ou a ameaça de turbação, a ação pertinente é a possessória. Porém, quando o titular ainda não tem a posse, a ação correta é a reivindicatória.²⁴

O C. STJ tem decidido no sentido de aceitar a ação reivindicatória pelo promitente comprador, conforme se vê abaixo:

²³ ROMITTI, Mário Muller. 2004. p.49.

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. 2003. p.102.

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. Legitimidade ativa. Irregularidade do título. Prequestionamento. Precedente da Corte.

1. Precedente da Corte admite que a “promessa de compra e venda irretratável e irrevogável transfere ao promitente comprador os direitos inerentes ao exercício do domínio e confere-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro. Serve, por isso, como título para embasar ação reivindicatória.

2. Fica prejudicado o êxito do recurso quanto ao fundamento principal, se o outro, “a maior”, não foi atacado corretamente, ausente o devido prequestionamento. Ademais, não veio o especial amparado no art. 535 do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial não conhecido.²⁵

No mesmo sentido, segue a orientação do TJRS:

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA. PROMITENTE COMPRADOR. Em que pese o autor não figurar como titular do domínio no Registro de Imóveis, trouxe aos autos elementos que demonstram estar na condição de promitente comprador, comprovando, ao menos em tese, seu vínculo jurídico com o bem. Extinção do processo sem julgamento do mérito que se mostra precipitada. Sentença desconstituída. APELO PROVIDO.²⁶

Salta aos olhos, portanto, a admissibilidade de ajuizamento de ação reivindicatória nos casos em que a promessa de compra e venda contemple a imissão na posse do promitente comprador.

2.3 Da possibilidade de cessão

A cessão de compromisso de compra e venda, na conceituação de Rodrigues, citado por Diniz, consiste na transferência da inteira posição ativa ou passiva dos direitos e deveres de que é titular uma pessoa, decorrentes de um contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída.²⁷ Conforme nos ensina Diniz, trata-se de hipótese de cessão de contrato.

No Código Civil não existe nenhuma norma expressa regulando a cessão do compromisso de compra e venda, razão pela qual se

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.Turma). **Recurso especial nº 252020/RJ.** Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 05.09.2000. DJ, p.144, 13.11. 2000.

²⁶ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do RGS (20.Câmara Cível). **Apelação cível nº 70013055439.** Relator: José Aquino Flores de Camargo. Julgado em: 19.10.2005.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1997. p.427.

aplica, de forma subsidiária, às leis especiais, a norma descrita no artigo 286, referente à cessão de crédito, que assim dispõe:

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Da mesma forma que se sucede nos compromissos de compra e venda, as cessões podem se referir aos imóveis loteados e aos imóveis não loteados.

No que concerne aos imóveis loteados, nos termos do artigo 31, da Lei 6.766/79, a cessão dá-se através de simples trespasso, lançado no verso das vias em poder das partes, ou por instrumento em separado, declarando-se o número do registro do loteamento, o valor da cessão e a qualificação do cessionário, para o devido registro.

Com efeito, não é necessário o consentimento do loteador, mas, em relação a ele seus efeitos só se produzem depois de cientificado por escrito. No caso de ser feita a cessão sem anuênciam do loteador, cabe ao oficial de registro cientificá-lo, por escrito, dentro do prazo de 10 (dez dias).

Quanto à forma da cessão de imóveis loteados, discute-se se o artigo 26, que estabelece os requisitos necessários aos compromissos de compra e venda, cessões ou promessas de cessões se sobrepõe ao artigo 31, que determina o simples trespasso. Sobre o assunto, Rizzato refere que, como a regra do artigo 26 é geral, enquanto a regra do artigo 31 é especial, prevalece esta sobre a outra.²⁸

Além disso, conforme dispõe o artigo 25, da lei 6.766/79, uma vez registrada a cessão ou promessa de cessão irretratável, constituirá a favor do cessionário ou promitente cessionário direito real de aquisição, com direito à adjudicação compulsória.

Agora, no que se refere às cessões de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, diferentemente do que acontece nos imóveis loteados, não há legislação específica tratando do assunto.

Com efeito, cumpre destacar que a lei do parcelamento do solo urbano permite a cessão através de trespasso, lançado no verso das vias em poder das partes, ou por instrumento em separado, declarando o número do registro do loteamento, o valor da cessão e a qualificação do cessionário, para o devido registro.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. 2003. p.172.

Diante dessa norma, a doutrina admite também para os imóveis não loteados a cessão através do trespasso referido acima, pois conforme salienta Rizzato:

Apesar do art. 13, do Dec.-lei 58, restringir o modo referido aos imóveis loteados, e o artigo 22 não dar a extensão, pois silencia quanto à forma de cessão, não há razão para limitar a aplicabilidade àqueles imóveis. Havendo uma disposição de vontade através de declaração, com as devidas assinaturas, presença de testemunhas e menção do valor, entende-se admissível o uso de trespasso, efetivando-se por completo a cessão.²⁹

Além disso, ao contrário do sistema adotado em países como a Itália e Portugal, em nosso ordenamento jurídico a cessão realizada pelo promitente comprador independe do consentimento do promitente vendedor. Porém, é importante frisar que, uma vez realizada a cessão pelo promitente comprador, só terá eficácia perante o devedor, quando este for devidamente notificado, conforme estipula o artigo 290, do Código Civil. Ademais, o cessionário da promessa de compra e venda poderá açãoar o promitente vendedor, se negada a outorga de escritura pública, após satisfeitas todas as obrigações.

Em relação ao promitente vendedor, também é possível a cessão do seu crédito, consubstanciado no direito de receber os valores devidos. Porém, conforme salienta Rizzato, a cessão dá-se sobre o crédito e não sobre o direito real, razão pela qual continua com o promitente vendedor a obrigação de outorgar a escritura definitiva.³⁰ Mesmo porque, pelo princípio da continuidade do registro de imóveis, estando registrada a promessa de compra e venda somente o titular do direito de propriedade que consta na matrícula poderá outorgar a escritura definitiva. Dessa forma, somente por procuraçāo lavrada por instrumento público, a teor do que dispõe o artigo 657, do Código Civil, e na condição de procurador, ficará o cessionário autorizado a outorgar a escritura pública.

Assim, caso o promissário comprador não cumpra com sua obrigação de pagar as prestações devidas, entende-se que é possível ao cessionário postular a resolução do contrato, pois, caso contrário, o nosso ordenamento jurídico deixaria, ao livre arbítrio do cedente (promitente-vendedor), que já não tem mais nenhum interesse na causa, a viabilidade de pleitear a resolução do contrato. Esse entendimento visa, antes de mais nada, a evitar a insegurança dos negócios jurídicos e a fragilidade da posição do cessionário.

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. 2003. p.174.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. 2003. p.174.

Muito embora não conste menção expressa no artigo 1.417 do Código Civil sobre a possibilidade de cessão, esta é totalmente admitida e, uma vez registrada, confere direito real, com possibilidade de adjudicação compulsória.

Pereira, citado por Diniz, leciona o seguinte: “Terá eficácia real a promessa de cessão de direitos, se for efetivada por instrumento público ou particular, levada a assento e averbada à margem do registro.”³¹

2.4 Da outorga da escritura definitiva

De acordo com o disposto no artigo 1.418, do Código Civil, o promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Nesse caso, importante observar que quando a lei menciona “terceiros, a quem os direitos forem cedidos” não se refere às cessões realizadas pelo promitente vendedor, pois, como já foi dito acima, não existe possibilidade de cessão da posição contratual do promitente vendedor, uma vez que, estando registrada a promessa de compra e venda, não seria possível registrar outra promessa ou alienação. Somente poderia ceder os seus créditos relativamente às prestações ainda devidas pelo promitente comprador. Portanto, os terceiros a quem se refere o referido dispositivo legal são os sucessores do promitente vendedor e proprietário do imóvel por direito hereditário, em se tratando de pessoa física, ou por dissolução, incorporação, fusão ou cessão, em se tratando de pessoa jurídica.

O artigo 463 também prevê que, estando concluído o contrato preliminar, e não havendo cláusula de arrependimento, qualquer das partes poderá exigir a outorga do contrato definitivo, assinando prazo para que a outra parte possa cumprir a avença. O parágrafo único exige que o contrato deva ser levado a registro competente. Considerando que tanto o artigo 1.418, como o artigo 463 do Código Civil, não estipulam prazo para que o promitente vendedor outorgue a escritura definitiva, entende-se que tal prazo fica a critério da parte credora, salvo se constar no instrumento estipulação em sentido contrário.

Muito embora não haja imposição legal, a notificação premonitória é altamente salutar, dela se extraindo, seja pelo si-

³¹ DINIZ, Maria Helena. 2007. p.607.

lêncio, seja pela formal negativa, a inadimplência do devedor. O prazo será, nos termos do art. 463, aquele fixado pelo credor, sempre razoável, de modo a que possa ser cumprida a obrigação.³² Assim, não havendo manifestação do promitente vendedor, ou em se recusando a outorgar a escritura definitiva, resta ao promitente comprador a possibilidade de ajuizar ação de adjudicação compulsória, nos termos do artigo 1.418, do CC.

2.5 Da adjudicação compulsória

O artigo 1.418, do Código Civil, estabelece que, se houver recusa do promitente vendedor em outorgar a escritura definitiva, o promitente comprador poderá requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Já o artigo 464, do mesmo diploma legal, estabelece o seguinte: “esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.”

Além disso, o artigo 466-B, do CPC, recentemente acrescentado no codex pela Lei 11.232/05, assim dispõe: “se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”

Pois bem, questão palpitante acerca da ação de adjudicação compulsória, é sobre a necessidade ou não de ter que levar o instrumento de compromisso de compra e venda a registro.

Para se ter uma posição consolidada sobre este assunto, é importante observar as normas acima descritas, a fim de apurar suas consequências jurídicas.

Durante muitos anos, o STF entendeu que para se ter direito à adjudicação do imóvel, o contrato de promessa de compra e venda deveria estar registrado no ofício imobiliário. “A inscrição no Registro de Imóveis é condição imprescindível à adjudicação compulsória de imóvel prometido à venda por instrumento particular, sem cláusula de arrependimento e já quitado.”³³

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, onde a competência recursal destinada à uniformização da exegese da legislação federal passou para o STJ, foi mudado o en-

³² ROMITTI, Mário Muller. 2004. p.53.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº 104.298-SP. Relator. Ministro Djaci Falcão, ac. 26.02.1985, In: RTJ, 113/919.

tendimento, no sentido de que independe do registro do contrato o direito à adjudicação compulsória, resultando na edição da súmula 239, que assim dispõe: “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

Pois bem, atualmente, com o advento do novo Código Civil, mormente em razão do disposto nos artigos 1.417 e 1.418, a discussão voltou à tona com maior ênfase. Alguns doutrinadores e a maioria da recente jurisprudência ainda entendem que não é necessário se levar a registro o contrato para se ter direito à adjudicação, enquanto que boa parte da doutrina entende que pelas novas regras estipuladas no Código Civil, há a necessidade de ser registrada a promessa para o promitente comprador ter direito à adjudicação do imóvel.

O argumento utilizado pela corrente doutrinária que entende que não é necessário o registro da promessa de compra e venda aduz que, como se trata de uma obrigação de fazer, isto é, obrigação de outorgar o contrato definitivo, não se pode subordinar à constituição de um direito real, decorrente do registro da promessa de compra e venda.

Santos, citando trecho do voto do ministro Eduardo Ribeiro, proferido no REsp 30 (DJ18.09.1989) refere que a promessa de compra e venda tem por objeto um *facere*, constitui-se em vínculo que se traduz em direito pessoal. Segundo ele, seu cumprimento não se justifica esteja a depender do ingresso do título no Registro Imobiliário. Diante disso, entende que tanto os ensinamentos contidos no voto retroreferido, bem como o descrito na Súmula 239 do STJ, continuam inatingidos pelo Novo Código Civil.³⁴

Rizzardo, seguindo a mesma linha de raciocínio descrita acima, argumenta, com base nos artigos 639, 640 e 641, do CPC (atualmente revogados pela Lei 11.232/2005, e que equivalem aos atuais artigos 466-A, 466-B e 466-C), que os interessados podem, nos casos em que o contrato não se encontre devidamente registrado, buscar a execução específica das obrigações de fazer³⁵.

Com efeito, a jurisprudência continua entendendo que a adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do contrato:

EMENTA: Adjudicação compulsória em permuta e danos morais. O direito de adjudicação compulsória, quando exercido entre as partes originárias, não se condiciona ao registro da promessa da permuta no Registro de Imóveis (incidência da Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça). O não-cumprimento contratual,

³⁴ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. 2006. p.53.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. 2003. p.154.

como regra, não gera dano moral ou à pessoa indenizável³⁶.

CÍVEL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO. REGISTRO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. SÚMULA 239/STJ. FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. HIPOTECA POSTERIOR. INEFICÁCIA.

I – Em consonância com o enunciado 239 da Súmula desta Corte, o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

II – A hipoteca outorgada pela construtora ao agente financeiro em data posterior à celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador não tem eficácia em relação a este último.

Precedentes.

Agravio improvido.³⁷

Salvo melhor juízo, o entendimento descrito acima não está em consonância com a intenção do legislador, pois, se não fosse necessário o registro para se ter direito à adjudicação compulsória, não haveria menção expressa no texto legal. Como o artigo 1.418, do CC, somente possibilita a adjudicação compulsória ao titular de direito real, significa dizer que só poderá postular a adjudicação do imóvel o titular de compromisso de compra e venda registrado, já que decorrente da promessa real, e não apenas da promessa.

Observe-se que, pela norma descrita no artigo 1.418, a constituição do direito real está diretamente ligada à possibilidade de adjudicação compulsória, de modo que um não subsiste sem o outro. Em outras palavras, não se pode falar em constituição de direito real sem o assento no registro de imóveis, da mesma forma que não se pode falar em direito à adjudicação compulsória sem que o promitente comprador não tenha consigo um direito real efetivamente constituído, com efeito erga omnes.

Além disso, a necessidade de registro vai ao encontro também dos princípios da concentração e da boa-fé objetiva. Ora, sendo necessário o registro na matrícula, haverá segurança jurídica para os adquirentes de boa-fé, que ficarão imunes aos riscos oriundos dos negócios fraudulentos e dos “contratos de gaveta”.

Por exemplo, sendo necessário o registro, o promitente comprador, antes de celebrar eventual promessa de compra e venda, solicitará ao cartório de registro de imóveis certidão da matrícula, a

³⁶ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do RGS (20.Câmara Cível). **Apelação cível nº 70011611209**. Relator: Carlos Cini Marchionatti. Julgado em: 10.05. 2005.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3.Turma). Agravo regimental nº 575.115/SP.Relator: Ministro Castro Filho. Julgado em: 28 de outubro de 2004, **Diário de Justiça**, Brasília, p.526, 17.12.2004.

fim de averiguar se existe algum contrato já registrado. Não existindo, poderá celebrar a promessa com tranquilidade, desde que logo em seguida providencie o seu respectivo assento, para adquirir direito real de aquisição.

Com a implementação do princípio da boa fé objetiva pelo novo Código Civil, aliado ao princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, torna-se imperiosa a necessidade de registro, a fim de garantir a toda coletividade a tão almejada segurança jurídica, finalidade precípua da Lei dos Registros Públicos.

Desse modo, a grande distinção que deve ser feita, para poder entender melhor esta questão, é entre ter direito à adjudicação compulsória e ter direito a que o juiz profira uma sentença que supra a vontade da parte inadimplente.

No primeiro caso, quando o promitente comprador tem direito à adjudicação compulsória, este decorre do fato de o contrato de promessa de compra e venda estar registrado no registro de imóveis. Assim, como decorrência deste direito real de aquisição, o promitente comprador poderá ter a tranquilidade de, uma vez registrada a promessa, e, havendo recusa do promitente vendedor em outorgar a escritura definitiva, ter direito à adjudicação compulsória. A sentença do juiz não irá completar um requisito necessário do contrato definitivo, faltante pela inadimplência em outorgar a escritura definitiva por parte do promitente vendedor. Irá, sim, determinar a entrega do imóvel ao promitente comprador, com supedâneo no artigo 1.418, do CC, através do registro da sentença transitada em julgado na matrícula do imóvel, que ingressará no cartório como título hábil à transferência de propriedade. Nesse caso, cumpre asseverar que, não haverá, em tese, qualquer óbice ao registro do título (sentença de adjudicação compulsória), pois seguirá, perfeitamente, a continuidade dos registros na matrícula, princípio básico de registro de imóveis, pois, uma vez registrada a promessa, nenhuma outra alienação poderá ser feita pelo promitente vendedor.

No segundo caso, porém, onde a parte interessada requer ao juiz sentença que supra a vontade da parte inadimplente, deve utilizar, como embasamento legal, não o artigo 1.418, mas, sim, a regra geral estipulada no artigo 464, do CC c/c com o artigo 466-B, do CPC. Assim, o promitente comprador poderá obter uma sentença de suprimento de vontade da parte inadimplente, mesmo sem estar registrada a promessa de compra e venda na matrícula do imóvel, com base no *caput* do artigo 464, CC c/c art. 466-B, do CPC, constituindo título hábil à transferência de propriedade para o promitente comprador. Veja-se que, nessa hipótese, a sentença substitui a escritura pública de compra e venda, sem conferir, no entanto, qualquer direito real.

Todavia, nesse último caso, o promitente comprador, enquanto não registrar a sentença, ou enquanto não for expedido ofício ao registro de imóveis pelo cartório judicial, determinando o registro da referida decisão, terá apenas direitos obrigacionais. Ora, tendo apenas direitos obrigacionais, mesmo diante de uma decisão transitada em julgado de suprimento de vontade da parte inadimplente (no caso, o promitente vendedor), não terá a tranquilidade de ter para si a propriedade do imóvel. Isto porque, se antes do registro da sentença, for registrada na matrícula outra promessa de compra e venda, o promitente comprador não terá direito à adjudicação compulsória, tendo que se valer, tão-somente, das perdas e danos. O direito à adjudicação compulsória, como corolário lógico da promessa de compra e venda registrada, será do outro promitente comprador que registrou a segunda promessa.

Por isso, a tese adotada pela doutrina que entende desnecessário o registro do compromisso de compra e venda não parece acertada, pois o promitente comprador que não detém direito real de aquisição, por não estar registrada a promessa, possui apenas direito obrigacional, mesmo diante de uma sentença transitada em julgado que supra a vontade do promitente vendedor.

Boa parte da doutrina atual, com espeque na nova disciplina de direitos reais encartada no Código Civil, também entende que a súmula 239, do STJ, perdeu validade face ao disposto nos artigos 1.417 e 1.418.

Figueira Jr., ao comentar sobre a necessidade de registro no ofício imobiliário para fazer uso da ação de adjudicação compulsória, destaca a perda da eficácia da Súmula 239 do STJ, tendo em vista que se trata o registro de condição necessária definida no próprio art. 1.417 do CC, ou seja, requisito que se opera ex lege para a configuração do próprio direito real, não podendo ser rechaçado por orientação pretoriana, ainda que sumulada, nada obstante perfeitamente adequada, antes do advento do novo CC.³⁸

No mesmo sentido, é o entendimento de Romitti, que assim se pronuncia:

Deixou de ter relevância, face ao texto expresso, o posicionamento anteriormente firmado, em especial a Súmula 239 do STJ, segundo o qual o registro objetivaria somente oponibilidade *erga omnes*, não interferindo nas relações entre as partes. No sistema ora em vigência, parte-se do pressuposto que o legislador, conhecendo as soluções possíveis, tenha optado por aquela que lhe pareceu mais adequada, consagrando-a em lei. Ade-

³⁸ FIGUEIRA JÚNIOR apud FIUZZA, Ricardo (Coord.). 2002. p.1247.

mais, outra exegese seria incabível, na medida em que ficou expressamente consignada a necessidade de registro.³⁹

De qualquer sorte, é importante a jurisprudência analisar a questão com cautela, a fim de dar maior segurança às relações jurídicas e sociais, de modo a uniformizar um entendimento acerca deste tema.

Não se pode encerrar este tópico sem antes realçar o disposto no artigo 26, §6º, da Lei 6.766/79, acrescentado pela Lei 9.785/99. De acordo com esse dispositivo legal, os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhadas da respectiva prova de quitação.

Salvo melhor juízo, entende-se que a hipótese vertida na lei não se estende a toda e qualquer aquisição de lote, mas, sim, somente aos lotamentos populares, referidos nos §§ 3º, e seguintes do artigo 26, da lei 6.766/79.

Sobre esta questão, Galhardo transcreve, em seu livro, voto proferido em incidente de suscitação de dúvida, em sede de apelação, pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, cujo recurso de apelação foi negado provimento, julgando procedente a suscitação de dúvida, no sentido de não permitir o registro de instrumento particular de contrato de compra e venda, cumulado com transferência de direitos e obrigações de compromisso de compra e venda anterior.

Transcreve-se, nesse momento, parte do entendimento referido pelo relator Tâmbara:

O texto do §6º do art. 26 da Lei 6.766/79, acrescido pela Lei 9.785/99, necessita ser interpretado restritivamente, ante a regra geral de que a instituição ou a transmissão de direito real incidente sobre o imóvel requer instrumentalização pública. O legislador construiu um sistema destinado a dotar de absoluta praticidade a realização de empreendimentos habitacionais e de salvaguardar a posição dos adquirentes de lotes em ‘parcelamentos populares. Foram introduzidos, numa única oportunidade, os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do aludido art. 26, os quais merecem apreciação conjunta e sempre observada a consonância entre cada uma das novas normas positivadas estatuídas. Assim, os compromissos de compra e venda, as cessões e promessas de cessão, referidos no texto legal, para que sejam admitidas como “título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação”, devem se referir a imóvel

³⁹ ROMITTI, Mário Muller. 2004. p.51.

proveniente de parcelamentos populares e não, a qualquer unidade imobiliária, proveniente de qualquer parcelamento.⁴⁰

Portanto, seguindo a linha de raciocínio externada acima, não será necessária a escritura pública para a aquisição de lotes em loteamentos populares, quando houver compromisso de compra e venda registrado e devidamente quitado, nos termos do artigo 26, §6º, da Lei 6.766.

2.6 Da possibilidade de o direito real de aquisição ser hipotecado

Tema interessante reside na possibilidade ou não de o direito real do promitente comprador ser objeto de hipoteca.

Em uma análise superficial do artigo 1.473, do Código Civil, poder-se-ia dizer que esta possibilidade não existe, pois tal situação não foi elencada expressamente no referido dispositivo legal.

Entretanto, no momento em que o inciso I, do artigo 1.473 determina que podem ser objetos de hipoteca os imóveis, não restringe aos imóveis por natureza ou por acessão física, admitindo-se, também, serem hipotecados os imóveis por determinação legal. Assim, de acordo com o artigo 80, inciso III c/c artigo 1.420, do Código Civil, podem ser objeto de hipoteca os direitos reais sobre imóveis, desde que sejam passíveis de serem alienados.

Ora, partindo desta premissa, isto é, de que por expressa disposição legal os direitos reais sobre imóveis são considerados bens imóveis e, levando em consideração que a posição do promitente comprador pode ser alienada, conclui-se que o direito real do promitente comprador pode ser hipotecado.

Nesse sentido, segue a orientação de Santos, citando o entendimento de Gomes:

Argumenta o autor – depois de justificar que a hipoteca tem como base o direito sobre a coisa (*jus in re*) e não a própria coisa – que são suscetíveis de hipoteca o domínio (*jus in re própria*) e determinados direitos reais na coisa alheia (*jura in re aliena*). Dentre estes, embora não enumerado no elenco do artigo correspondente no Código de 1916 e neste artigo, inclui, como direito real que é, o direito do promitente comprador, irretratável e registrado no Cartório de registro de Imóveis, indiscutivelmente, pode ser objeto de hipoteca, ainda que não figure no rol do artigo comentado.⁴¹

⁴⁰ GALHARDO, João Batista. **O registro do parcelamento do solo para fins urbanos.** Porto Alegre: IRIB: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.99-100.

⁴¹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. 2006. p.178.

Diante disso, de acordo com os argumentos retrorreferidos, entende-se que o direito real do promitente comprador pode ser objeto de hipoteca.

Referências

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei dos registros públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 2.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10/01/2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Código Civil de 1916**. Lei 30.71 de 01/01/1916. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869 de 11/01/1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Decreto-Lei 58 de 10/12/1937**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Decreto-Lei 745 de 07/08/1969**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 10.931 de 02/08/2004**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 11.232 de 22/12/2005**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 4.380 de 21/08/1964**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 4.591 de 16/12/1964**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 6.014 de 27/12/1973**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 6.766 de 19/12/1979**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 7.433 de 18/12/1985**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 8.935 de 18/11/1994**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei 9.785 de 29/01/1999**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. **Lei dos Registros Públicos**. Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13.09.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3.Turma). **Recurso especial nº 252020/RJ**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 05-09-2000. DJ, p.144, 13 nov. 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4.turma). Recurso especial nº 58.620/CE. Relator: Ministro Barros Monteiro. Julgado em: 25 de junho de 1996, **Diário de Justiça**, Brasília, p.35112, Fortaleza, 23.09.1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4Turma). **Recurso especial nº 6.637**. 12 mar. 1991.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (3.Turma). Agravo regimental nº 575.115/SP.Relator: Ministro Castro Filho. Julgado em: 28 de outubro de 2004, **Diário de Justiça**, Brasília, p.526, 17.12.2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (3.Turma). Recurso especial nº 76.927/MG. Relator: Ministro Nilson Naves. Julgado em: 21 de novembro de 1997, **Diário de Justiça**, Brasília, p.115, 13.04.1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº 104.298-SP.Relator. Ministro Djaci Falcão, ac. 26.02.1985, in **RTJ**, 113/919.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 15.ed. atual. até 1º de outubro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Curso de direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 22. ed. rev.

e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

FIUZZA, Ricardo (coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva. 2002.

GALHARDO, João Batista. **O registro do parcelamento do solo para fins urbanos**. Porto Alegre: IRIB, Sérgio Antônio Fabris, 2004.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KOLLET, Ricardo Guimarães. **Tabelionato de notas para concursos**. Porto Alegre: Norto Livreiro, 2003.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Compromisso de compra e venda de lote como substitutivo da escritura pública**. Disponível em: <<http://www.lamanapaiva.com.br/index2.htm>>. Acesso em: 21.09.2007.

_____. **O instrumento particular e o registro de imóveis**. Disponível em: <<http://www.lamanapaiva.com.br/index2.htm>>. Acesso em: 21.09. 2007.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Alçada do RGS. (3.Câmara Cível). **Apelação cível nº 186013835**. Relator: Sílvio Manoel de Castro Gamborgi. Julgado em: 16 de abril de 1986.

_____. Tribunal de Justiça do RGS (19.Câmara Cível). **Apelação cível nº 70000341586**. Relator: Guinther Spode. Julgado em: 13 de junho de 2006.

_____. Tribunal de Justiça do RGS (20.Câmara Cível). **Apelação cível nº 70013055439**. Relator: José Aquino

Flores de Camargo. Julgado em: 19 de outubro de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do RGS (20.Câmara Cível). **Apelação cível nº 70011611209**. Relator: Carlos Cini Marchionatti. Julgado em: 10 de maio de 2005.

_____. Tribunal de Justiça do RGS (9.Câmara Cível). **Apelação cível nº 70016746323**. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em: 11 de julho de 2007.

QUEIROGA, Alessandra E. de. **Os parcelamentos ilegais do solo e a desapropriação como sanção**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**: leis 6.766/79 e 9.785/99. 6. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. **Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 15.09.2007.

ROMITTI, Mário Muller. **Comentários ao código civil brasileiro, volume XIII: do direito das coisas**. Mário Muller Romitti (Arts. 1.390 a 1.418) e Aldemiro Rezende Dantas Júnior (Arts. 1.419 a 1.510); coordenadores Arruda Alvin e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **Do direito do promitente comprador e dos direitos reais de garantia (penhor, hipoteca, anticrese)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 5 coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa).

VALLIM, João Rabello de Aguiar. **Direito imobiliário brasileiro**: doutrina e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **O parcelamento do solo urbano**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Corte Especial. Honorários em cumprimento de sentença.
Art. 475-I do CPC. Lei nº 11.232/05

EMENTA OFICIAL

PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVA SISTEMÁTICA IMPOSTA PELA LEI Nº 11.232/05. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE.

- A alteração da natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.

- A própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos "nas execuções, embargadas ou não".

- O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a execução comporta o arbitramento de honorários e se, de acordo com o art. 475, I, do CPC, o cumprimento da sentença é realizado via execução, decorre logicamente destes dois postulados que deverá haver a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.

- Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então.

- Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. Seria inútil a instituição da multa do art. 475-J do CPC se, em contrapartida, fosse abolida a condenação em honorários, arbitrada no percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves e os votos dos Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Francisco Falcão, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento,

nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Napoleão Nunes Maia Filho, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Francisco Falcão votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Hamilton.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2008(data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha

Presidente

Ministra Nancy Andrighi

Relatora

REsp nº 1.028.855/SC (2008/0030395-2). DJE 05/03/2009.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Recurso especial, interposto pelo CONDOMÍNIO CENTRO COMERCIAL CIDADE DE JOINVILLE, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região.

Trata-se do cumprimento de sentença iniciada nos autos de ação ajuizada e vencida pelo recorrente, em desfavor da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Decisão: afastou a incidência de honorários advocatícios na

fase de cumprimento de sentença, "porquanto, a Lei nº 11.232/2005, entre outras inovações ao CPC, extinguiu o processo autônomo de execução de sentença, transformando-o em mero incidente do cumprimento de sentença" (fls. 08).

Acórdão: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente, nos termos do acórdão (fls. 22/25) assim entendido:

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DESCABIMENTO

1. O rito do cumprimento de sentença prevê a aplicação de multa de 10% (dez por cento) no caso de inadimplemento no prazo de 15 (quinze) dias, não comportando a condenação cumulativa com os honorários advocatícios.

2. A nova legislação promoveu relevante alteração estrutural, eliminando a antiga separação entre o processo de conhecimento e de execução, passando as tutelas condenatória e executiva a realizar-se no mesmo processo, inexistindo nova relação processual a justificar a fixação da verba honorária.

3. As novas alterações trazidas pela Lei n.º 11.382/2006, estabeleceram que o Juiz ao despachar a inicial fixará, de plano, os honorários advocatícios a serem pagos pelo executado (artigo 652-A). Não há dita previsão para o caso de cumprimento de sentença, o que deixa claro que a incidência da verba honorária ficou reservada apenas para o processo de execução autônomo".

Recurso especial: alega o recorrente que o acórdão hostilizado violou os arts. 20, § 4º, 475-I e ss. do CPC, bem como a divergência da jurisprudência de outros Tribunais. Em suas razões (fls. 28/35), sustenta a necessidade de fixação de novos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Prévio juízo de admissibilidade: sem contra-razões (fls. 37), foi o recurso especial admitido na origem (fls. 38).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia a determinar se, na nova sistemática de execução estabelecida a partir da edição da Lei nº 11.232/05, há incidência de honorários advocatícios no cumprimento da sentença.

Inicialmente, ressalto terem sido devidamente prequestionados os dispositivos legais apontados como violados, viabilizando, pois, a apreciação do recurso especial com supedâneo na alínea "a" do permissivo constitucional.

No que tange aos precedentes alçados a paradigma, contudo, não verifico a indispensável similitude fática com a hipótese dos autos, na medida em que nenhum deles aborda a questão atinente às alterações promovidas pela Lei nº 11.235/05. Impossível, destarte, a apreciação do especial com base no dissídio.

Recentemente tive a oportunidade de me debruçar sobre o tema,

no julgamento do REsp 978.545/MG, DJ de 01/04/2008, de minha relatoria, tendo a 3ª Turma, por unanimidade, decidido pela incidência de honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença inaugurada pela Lei nº 11.232/05.

As alterações perpetradas pela Lei nº 11.232/05 tiveram o escopo de unificar os processos de conhecimento e execução, tornando este último um mero desdobramento ou continuação daquele. Conforme anota Luiz Rodrigues Wambier, "hoje, o princípio do sincretismo entre cognição e execução predomina sobre o princípio da autonomia" (Sentença Civil: liquidação e cumprimento. São Paulo: RT, 2006, 3.ed., p.419).

Essa nova realidade foi materializada pela alteração da redação dos arts. 162, § 1º, 267, caput, 269, caput, e 463, caput, todos do CPC; tudo para evidenciar que o processo não se esgota, necessariamente, com a declaração do direito, de modo que a função jurisdicional somente estará encerrada com a efetiva satisfação desse direito, ou seja, a realização prática daquilo que foi reconhecido na sentença.

Entretanto, conforme bem ressalta Alexandre Freitas Câmara, "o fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que aquele provimento é proferido, não traz nenhuma modificação no que diz respeito aos honorários advocatícios (...). A idéia de que havendo um só pro-

cesso só pode haver uma fixação de verba honorária foi construída em uma época em que o Código de Processo Civil albergava o modelo liebmaniano da separação entre o processo de conhecimento e o processo executivo, e não pode ser simplesmente transplantada para os dias atuais como se nada tivesse mudado no CPC" (A Nova Execução de Sentença. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, 3.ed., p.122-123).

Aliás, a própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos "nas execuções, embargadas ou não".

No julgamento do EREsp 158.884/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 30/04/2001, a Corte Especial deste Tribunal decidiu que a redação do art. 20, § 4º, do CPC, "deixa indiuidoso o cabimento de honorários de advogado em execução mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial ou execução fundada em título extrajudicial".

Confrontando esse precedente com as inovações da Lei nº 11.232/05, o Min. Athos Gusmão Carneiro ressalta que "esta orientação jurisprudencial permanece mesmo sob a nova sistemática de cumprimento da sentença, por quanto irrelevante, sob este aspecto, que a execução passe a ser realizada em fase do mesmo processo, e não mais em processo autônomo"

(Cumprimento da Sentença Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.108).

Realmente, como ressalta Alexandre Freitas Câmara, "não há no texto da lei referência aos 'processos de execução', mas às execuções". Individioso, portanto, que existindo execução, deverá haver a fixação de honorários, independentemente do oferecimento de impugnação. Sua incidência decorre, pois, da inéria do devedor em cumprir voluntariamente a sentença, nos termos do art. 475-J do CPC.

Acrescenta o referido autor, ainda, que o art. 475-I, do CPC, "é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução" (ob. cit., p.123). Ora, se nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, a execução comporta o arbitramento de honorários e se, de acordo com o art. 475, I, do CPC, o cumprimento da sentença é realizado via execução, decorre logicamente destes dois postulados que deve haver a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.

No mais, o fato da execução agora ser um mero "incidente" do processo não impede a condenação em honorários, como, aliás, ocorre em sede de exceção de pré-executividade, na qual esta Corte admite a incidência da verba. Confira-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 737.767/AL, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22/05/2006; REsp 751.400/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 19/12/2005; e

AgRg no REsp 631.478/MG, 3^a Turma, minha relatoria, DJ de 13/09/2004.

Outro argumento que se põe favoravelmente ao arbitramento de honorários na fase de cumprimento da sentença decorre do fato de que a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então. E nem poderia ser diferente, já que, naquele instante, sequer se sabe se o sucumbente irá cumprir espontaneamente a sentença ou se irá opor resistência.

Contudo, esgotado *in albis* o prazo para cumprimento voluntário da sentença, torna-se necessária a realização de atos tendentes à satisfação forçada do julgado, o que está a exigir nova condenação em honorários, como forma de remuneração do advogado em relação ao trabalho desenvolvido nessa etapa do processo.

Do contrário, o advogado trabalhará sem ter assegurado o recebimento da respectiva contraprestação pelo serviço prestado, caracterizando inclusive ofensa ao art. 22 da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia, que garante ao causídico a percepção dos honorários de sucumbência.

Nesse ponto, o que releva destacar, apenas, é que, com o advento da Lei nº 11.232/05, a incidência de novos honorários pressupõe o esgotamento do prazo legal para o cumprimento espontâneo da condenação. Sem que ele se escoe não há necessidade de praticar quaisquer atos jurisdicionais, donde o descabimento daquela verba.

Por derradeiro, e talvez aqui resida o maior motivo para que se fixem honorários também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

Conforme observa Cássio Scarpinella Bueno, "este acréscimo monetário no valor da dívida, apostado pelo legislador, tem o condão de incentivar o devedor a pagar de uma vez, acatando a determinação judicial" (A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, 2^a ed. p.83).

Realmente, a segunda onda de reformas do CPC/1973, a chamada "reforma de reforma", foi centrada no processo de execução, tendo como objetivo maior a busca por resultados, tornando a prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, antecipando a satisfação do direito reconhecido na sentença.

Nesse contexto, seria inútil a instituição da multa do art. 475-J do CPC se, em contrapartida, fosse abolida a condenação em honorários, arbitrada no percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação.

Como, nas circunstâncias em questão, para o devedor é indiferente saber a quem paga, a multa do art. 475-J do CPC perderia totalmente sua força coativa e a nova sistemática impressa pela Lei nº 11.232/05 não surtiria os efeitos pretendidos, já que não haveria nenhuma motivação complementar.

tar para o cumprimento voluntário da sentença. Ao contrário, as novas regras viriam em benefício do devedor que, se antes ficava sujeito a uma condenação em honorários que poderia alcançar os 20%, com a exclusão dessa verba, estaria agora adstrito tão-somente a uma multa no percentual fixo de 10%.

Por todos esses motivos, deve o juiz, independentemente do oferecimento de impugnação, fixar verba honorária na fase de cumprimento da sentença, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Forte em tais razões, CONHEÇO do recurso especial e lhe DOU PROVIMENTO, para determinar que, sobre a parte da sentença não cumprida voluntariamente pela executada, seja fixada verba honorária nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: Sr. Presidente, trata-se de questão nova, que está surgindo pela primeira vez na Corte Especial. Não obstante o voto da Sra. Ministra Relatora, bastante elucidativo, há dois aspectos que são importantes destacar: o ideológico e o legal.

Ideologicamente, a lei veio exatamente para impelir o cumprimento da sentença, ou seja, retirar um ônus significa encorajar o não-cumprimento da sentença. Isso sob o aspecto jus filosófico.

Sob o aspecto literalmente legal, o art. 465-R, do CPC, dispõe que se aplica ao cumprimento da sentença as regras da execução

extrajudicial. E nas regras da execução extrajudicial, notadamente no art. 652-A, do CPC, dispõe o legislador que o juiz deve fixar honorários ao despachar a execução extrajudicial, por quanto, o descumprimento de obrigação constante de título extrajudicial equivale ao descumprimento de uma obrigação de título judicial.

Por todas essas razões, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora.

Presidente o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha

Relatora a Sra. Ministra Nancy Andrichi

**Corte Especial - 20/08/2008.
Nota Taquigráfica**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: Sr. Presidente, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, no que foi acompanhada pela Sra. Ministra Laurita Vaz e pelos Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda e Napoleão Nunes

Maia Filho, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves.

Aguardam os Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Francisco Falcão.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura foi substituída pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

**Brasília, 20 de agosto de 2008.
Vânia Maria Soares Rocha
Secretária**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Ao cabo da leitura a que me propus, teria pedido vista pelo prazer da releitura de outra lição de processo da Ministra Nancy. O que aqui se discute são coisas da Lei 11.232, de 2005, relativamente a honorários advocatícios: são eles cabíveis quando o devedor deixa espontaneamente de efetuar, no prazo, o pagamento do montante da condenação? Isto é, quando oferece resistência? A resposta é no sentido positivo, de acordo com o judicioso voto da Relatora. Pelo visto, serão os honorários fixados segundo o § 4º do art. 20. Também eu, Sr. Presidente, conheço do recurso especial e lhe dou provimento.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves e os votos dos Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Francisco Falcão, a Corte Especial, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Napoleão Nunes Maia Filho, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Francisco Falcão votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Hamilton Carvalhido.

Brasília, 27 de novembro de 2008.

**Vania Maria Soares Rocha
Secretária**

Superior Tribunal de Justiça

Processo repetitivo. Ações revisionais. Contratos Bancários. Juros. Mora. Cadastros restritivos.

EMENTA OFICIAL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.

DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR

O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consu-

mo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora;

b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORTATÓRIOS

Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/ MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II- JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS)

A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.

O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.

Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.

Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese.

Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da norma-

lidade contratual, resta descharacterizada a mora do devedor.

Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienando fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.

Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.

Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea "a" do permissionário constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, acompanhada pelos Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Carlos Fernando Mathias, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior; salvo em relação às disposições de ofício, vencidos a Ministra Relatora e o Ministro Luis Felipe Salomão, e quanto à comissão de permanência, vencidos no conhecimento a Ministra Relatora e o Ministro Carlos Fernando Mathias. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2008.(data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi

Relatora

REsp nº 1.061.530/RS (2008/0119992-4). DJE 10/03/2009.

Tribunal Regional Federal da 5^a Região

Vícios de Construção. Empréstimo. Illegitimidade da Caixa.

EMENTA OFICIAL

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. IMÓVEL JÁ PRONTO, ADQUIRIDO ATRAVÉS DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO FIRMADO COM A CEF. ILEGITIMIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RELAÇÃO AOS PEDIDOS DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS E DE PAGAMENTO DE ALUGUÉIS DE IMÓVEL LOCADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF, NO TOCANTE AO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS DO EMPRESTIMO QUITADAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Nos termos do art. 618 do Código Civil, é o construtor ou empreiteiro quem deve responder pela solidez e a segurança de imóvel adquirido através de empréstimo concedido pela CEF, que, *in casu*, não foi figurou como agente financeiro do SFH, não podendo, assim, ser ela responsabilizada, solidariamente, pelos prejuízos sofridos pela autora, além do que, no contrato de mútuo celebrado entre as partes, não existiu qualquer ajuste nesse sentido.

- Reconhecida a ilegitimidade passiva do único ente público federal que figura como demandado, é a Justiça Federal absolutamente incompetente para apreciar o pedido de indenização também formulado em relação aos demais coréus.

- Remanescendo a legitimidade passiva da CEF no tocante ao pedido de restituição das prestações do empréstimo já quitadas, mantém-se a competência do Juízo Federal para processar e julgar o feito, não podendo ser remetidos os autos da ação à Justiça Estadual, a fim de que, lá, possa ser apreciado o pedido de indenização formulado contra os demais réus.

- Não existindo nenhum ato ilícito ou descumprimento contratual por parte da CEF, não pode ser ela obrigada a devolver todas as prestações do financiamento pagas pela autora. Improcedência do pedido.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de novembro de 2008
(data do julgamento)

Desembargador Federal Lázaro Guimarães

Relator

**Apelação Civil nº 442471/PB
(2004.82.01.002040-0). DJU 16/01/2009.**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (RELATOR): Cuida-se de apelação interposta por RUTH FERNANDES DE SOUSA contra sentença que julgou improcedente ação de indenização por danos morais e materiais, cumulada com obrigação de fazer, proposta contra a CEF, CAIXA SEGUROS S/A, SÍLVIO JOSÉ DE ALBUQUERQUE CARDOSO e CONCEIÇÃO DE MARIA CARDOSO DA COSTA.

De conformidade com os fatos narrados nos presentes autos, a autora adquiriu, dos dois últimos demandados acima citados, um imóvel residencial utilizando-se para tanto de um empréstimo tomado à CEF, no qual o próprio imóvel foi dado em garantia. Acontece que, posteriormente, a autora descobriu que o referido imóvel apresentava sérios problemas estruturais, comprometendo, inclusive a integridade física de seus ocupantes, motivo pelo qual foi ela obrigada, juntamente com os seus familiares, a sair daquele local, indo morar em casa alugada. Alega que, apesar das injunções feitas junto à CEF e a Caixa Seguros S/A, não foi tomada nenhuma providência para solucionar os problemas por ela noticiados, fato este que a obrigou a procurar a tutela jurisdicional.

O MM. Juiz a quo, com base no art. 267, VI, do CPC, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, quanto aos pedidos de condenação da CEF a pagar os valores dos aluguéis desde fevereiro de 2004, os danos emergentes que

advirão da recuperação do imóvel e os danos morais, em razão da ilegitimidade passiva *ad causam* da mencionada empresa pública em relação a tais pedidos. Em decorrência da ilegitimidade da CEF, também julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação aos co-réus, tendo em vista a incompetência absoluta da Justiça Federal resultante da ausência de ente federal no pólo passivo das demandas cumuladas. Por fim, no tocante ao pedido de condenação da CEF à devolução das prestações do financiamento, julgou improcedente a ação, com fulcro no art. 269, I, do CPC (fls. 420/438).

Irresignada, insiste a apelante na legitimidade da CEF para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que agiu de forma culposa, quando enviou engenheiro imperito para inspecionar o imóvel, com vistas à liberação do financiamento habitacional. Sob este mesmo argumento, pugna pela manutenção da CAIXA SEGURADORA S/A na lide.

Aduz, ainda, que a CEF deve ser condenada em devolvê-la os valores correspondentes às prestações do empréstimo já por ela quitadas, em virtude do descumprimento de cláusulas contidas no mencionado contrato de mútuo.

Por fim, pugna pela anulação do *decísum*, ao fundamento de que o MM. Juiz a quo, ao reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Federal para apreciar os pedidos de indenização por danos morais e materiais, não poderia ter extinguído o feito sem resolução do mérito, mas ter remetido os au-

tos à Justiça Comum, nos termos do art. 113, §2º, do CPC. (fls. 442/456).

Contra-razões da CEF apresentadas, às fls. 461/469.

Em apertada síntese, é o relatório.

**Desembargador Federal Lázaro Guimarães
Relator**

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (RELATOR): Passo a examinar, inicialmente, a questão prejudicial de ilegitimidade passiva ad causam da CEF, reconhecida na sentença sob exame e que é objeto de irresignação por parte da apelante.

Acolheu, em parte, o julgador monocrático a preliminar de ilegitimidade da CEF para figurar no pólo passivo da relação processual, no tocante aos pedidos de indenização por danos morais e materiais sofridos pela autora, bem como pelo pagamento dos aluguéis do imóvel por esta locado.

Por oportuno, transcrevo excerto do decisum, no qual a matéria foi tratada com proficiência pelo seu prolator, in verbis:

"Ora, a CEF, ao anuir na concessão de um financiamento para aquisição de um imóvel de um terceiro, não assume obrigação de responder por danos em sua estrutura, decorrentes de vícios de construção. No caso concreto, ainda, não houve acompanhamento das etapas de construção da obra pela CEF, uma vez que o financiamento teve por objeto imóvel já concluído e que

foi adquirido de particular, que figura como co-réu nesta ação.

O simples fato de a CEF ter feito vistoria no imóvel, para fins de apreciação da viabilidade do financiamento, não induz à assunção de obrigações quanto à solidez da obra. Não há nenhuma determinação legal ou ajuste contratual nesse sentido. Isso porque a vistoria é feita pela CEF em seu próprio interesse, no intuito de verificar se o bem é idôneo para servir de garantia a seu crédito. É de bom alvitre que a CEF aja com cautela na concessão de empréstimos, assegurando-se de que o bem apresenta condições de servir de garantia para o seu crédito. (grifos atuais) Nesta ótica, infere-se que a CEF também foi prejudicada, embora em menor grau, com os fatos narrados na inicial, uma vez que a garantia hipotecária de que desfrutava encontrase substancialmente prejudicada." (fls. 425)

Com efeito, caminhou com acerto o MM. Juiz, quando assim decidiu pois, nos termos do preceituado no art. 618 do Código Civil, é o construtor ou empreiteiro quem deve responder pela solidez e a segurança da construção.

Ademais, é de salientar-se que, na hipótese destes autos, não se cuida de financiamento de imóvel pelo SFH, o que importa em dizer que a CEF não pode ser responsabilizada solidariamente pelos prejuízos sofridos pela autora, além do que, no contrato de mútuo celebrado entre as partes, não existiu qualquer ajuste nesse sentido, conforme bem destacou o MM. Juiz sentenciante.

Mantida a sentença quanto à ilegitimidade passiva da CEF para responder pelos prejuízos materiais e morais suportados pela autora, é forçoso reconhecer que também não merece *reproche* o entendimento adotado pelo julgador de 1º Grau no sentido de reconhecer a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito em relação aos demais co-réus, ante o afastamento do ente público federal com relação aos pedidos de indenização formulados pela autora, ora apelante.

Não prospera, igualmente, a alegação de que a sentença ora vergastada deva ser anulada por contrariar o que estabelece o art. 113, §2º, do CPC.

É que, *in casu*, não obstante tenha sido a CEF excluída da lide em relação aos pedidos de indenização por danos morais e materiais e de pagamento dos aluguéis, o MM. Juiz sentenciante continuou competente para julgar o feito com relação à devolução das prestações do empréstimo, haja vista que, quanto a este pedido, a ilegitimidade passiva *ad causam* da CEF foi afastada pelo mesmo julgador.

Ademais, a extinção do feito, sem resolução do mérito, em rela-

ção aos demais réus, poderá a autora pleitear, perante a Justiça Estadual, o que buscou nesta ação.

Por fim, quanto à improcedência do pedido de restituição das prestações quitadas, concernentes ao empréstimo tomado pela autora à CEF, o decisum sob exame restou fundamentado no fato de que "não houve nenhum ato ilícito ou descumprimento contratual por parte da CEF, para que esta seja obrigada a devolver todas as prestações do financiamento pagas pela autora. Afinal, não caberia à CEF solucionar os problemas verificados no imóvel, porque não assumiu obrigação contratual nesse sentido."

Neste ponto, igualmente, irretocável a decisão, o que descebe, nesta ocasião, outras considerações.

Assim ocorrendo, ainda que comovente a situação em que se viu envolvida a autora, outra não pode ser o deslinde desta ação, razão por que NEGÓ PROVIMENTO à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal Lázaro Guimarães
Relator

Tribunal Regional Federal da 4^a Região

FIES. Ação Revisional. Capitalização. Juros.

EMENTA OFICIAL

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. FIES. ART. 285-A DO CPC. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. CARÁTER SOCIAL DO CONTRATO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS NO FIES. RESOLUÇÃO CMN N° 2.647/99. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA RESOLUÇÃO CMN N° 3.415/06. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS A 2% A.A. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS NO PERÍODO DE UTILIZAÇÃO.

"O art. 285-A do CPC foi introduzido na legislação processual com o objetivo de economia de tempo, buscando evitar a repetição de demandas que envolvam questões já pacificadas, não afrontando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa." (TRF4, AC 2005.72.05.004641-3, Segunda Turma, Relator Luciane Amaral Corrêa Münch, DE 26/09/2007).

No caso concreto, a discussão não diz respeito à correta aplicação das cláusulas pactuadas, mas à postulação de nulidade das próprias cláusulas pactuadas e sua substituição por outras que os autores defendem como devidas, tornando a instrução probatória desnecessária, na medida em que as pretensões remetem à análise de questões de direito ou, ainda, são possíveis

de ser examinadas com os documentos constantes dos autos.

A criação do FIES não objetivou, precipuamente, ao contrário do CREDUC, privilegiar incondicionalmente o "estudante comprovadamente carente e com bom desempenho acadêmico" (art. 2º, da Lei n.º 8.436/92), mas proporcionar, àquele estudante a quem falta suficiente condição financeira e por intermédio de autêntico financiamento, o acesso ao ensino superior em estabelecimentos particulares. Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, há tempos, ainda à época do CREDUC, que estes contratos não se submetem ao CDC, dada a sua natureza.

O suposto caráter social do FIES não possui o mesmo alcance do extinto CREDUC, não cabendo ser infinitamente elastecido para abarcar toda e qualquer pretensão revisional da parte autora.

Inexiste qualquer ilegalidade na adoção do sistema de amortização introduzido pela Tabela Price, não implicando em acréscimo do valor da dívida.

No caso particular do FIES, pouco importa a suposta capitalização mensal dos juros, pois está legal e contratualmente prevista uma taxa anual efetiva de 9%, isto é, não se trata de juros mensais que, aplicados de modo capitalizado cumulam taxa efetiva superior à

sua aplicação não capitalizada. O que a jurisprudência veda, inclusive sob a forma de súmula, não é a mera operação matemática da capitalização, vez que o direito não faz exame das leis matemáticas, mas sim a eventual onerosidade que dela pode decorrer, o que ocorria, por exemplo, caso fossem observadas amortizações negativas em algum período.

Tais amortizações negativas demonstrariam a ocorrência do anatocismo (que se concretiza quando o valor do encargo mensal revela-se insuficiente para liquidar até mesmo a parcela de juros), este sim legalmente vedado, e que tem sido observado no caso do FIES no período de utilização, em que o pagamento de juros remuneratórios está limitado a uma parcela trimestral de R\$ 50,00, e nos 12 primeiros meses do período de amortização, nos quais o estudante fica obrigado a pagar apenas o valor equivalente ao que pagou diretamente à instituição de ensino superior em seu último semestre (art. 5º, IV, 'a', na redação anterior à Lei nº 11.552/07).

A legalidade de tal capitalização não decorre de uma suposta aplicação retroativa da MP nº 1.963/00, mas do regulado pela Resolução CMN nº 2.647/99, que vigorou até ser substituída pela Resolução CMN nº 3.415/06, que ressalvou, no entanto, a aplicação da taxa prevista na resolução revogada, ao período de setembro/99 a julho/2006.

Não se pode falar em retroação dos percentuais mais favoráveis da Resolução CMN nº 3.415/06, mes-

mo em homenagem à isonomia, pois, evidentemente, as taxas de juros foram estipuladas de acordo com as circunstâncias econômicas daquela época, e, na justa avaliação do órgão competente, o Fundo não possuía condições de suportar o impacto de uma readequação dos contratos firmados sob a égide da Resolução anterior. É rudimento do direito contratual a cláusula *pacta sunt servanda*, logo, se o contratado, à época foram juros remuneratórios de 9% a.a., não há qualquer estribo a pretender sua redução, pela simples razão de que hoje se contratam a percentuais inferiores.

Não há qualquer óbice a que o Conselho Monetário Nacional, órgão do Sistema Financeiro Nacional competente para a fixação das taxas de juros em empréstimos com recursos de fundos públicos, regule também os juros do FIES.

O disposto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 10.260/01 (mesmo na redação anterior à Lei nº 11.552/07) não dá guarida à pretendida limitação dos juros remuneratórios a 2% a.a., pois tal dispositivo limitou-se a prever despesas do Fundo com o agente financeiro, quando, em verdade, a captação de recursos através dos juros remuneratórios está voltada, especialmente, à manutenção do capital do Fundo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por unanimidade, dar parti-

al provimento ao apelo da parte autora, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 12 de novembro de 2008.

Valdemar Capeletti
Relator
Apelação Civil nº 2007.71.00.
023678-0/RS. DE 02/11/2008.

RELATÓRIO

Trata-se de ação revisional, relativa a contrato do FIES.

O juízo de 1º grau proferiu sentença de improcedência, nos termos do art. 285-A, do CPC, deixando de impor custas ou honorários sucumbenciais, pela concessão da AJG.

Apela a parte autora, pleiteando, em síntese: a) a antecipação de tutela na esfera recursal, para impossibilitar a inscrição da autora e dos fiadores em cadastros restritivos; b) o reconhecimento da nulidade da sentença, por cerceamento de defesa; c) o reconhecimento do caráter social do contrato do FIES; d) a ilegalidade da disposição do art. 5º, da Lei nº 10.260/01, que delega ao CMN a atribuição de fixar as taxas de juros dos contratos de FIES; e) a necessidade de limitar os juros remuneratórios a 2% a.a., pois este é o custo relativo à gestão do FIES; f) a necessidade de reduzir os juros contratados, face ao advento da Resolução CMN nº 3.415, que deve ser aplicada, por isonomia, também aos contratos anteriores a 1º de julho de 2006; g) a reforma do modo de amortiza-

ção trimestral dos juros incidentes no período de utilização do FIES; h) a repetição em dobro do indébito verificado; i) a imposição da sucumbência exclusivamente sobre a CEF.

Subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.
Valdemar Capeletti
Relator

VOTO

Quanto à alegação de cerceamento de defesa, me parece que, ao contrário do pretendido pelo recorrente, não há nulidade a declarar, pois a prova, livremente apreciada, dirige-se ao convencimento do juízo, cabendo ao magistrado, em sua função dirigente no processo, fazer com que se produza a prova necessária ao seu convencimento, devendo indeferir meios de prova e quesitos impertinentes (art. 125, II c/c 131, do CPC).

Com efeito, não havendo dúvidas quanto à efetiva aplicação dos encargos objurgados pelo autor, a lide encerra questão meramente de direito, hipótese na qual a dilação probatória pericial é, além de desnecessária, impertinente e, mesmo, prejudicial, pois iria de encontro à celeridade processual, sem qualquer vantagem no que toca à segurança jurídica.

Neste mesmo sentido, já manifestou-se esta Corte, em julgado relatado pelo ilustre Juiz Federal (convocado) Jairo Gilberto Schaefer, cuja fundamentação ora transcrevo:

"CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSTO NO ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A cláusula do devido processo legal (*due process of law*), cuja essência reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade intervintiva do Poder Público que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade (STF, ADI 1063 MC-QO, Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 18/05/1994. Tribunal Pleno. Publicação: DJ 27/04/2001 PP-00057), encontra concretização nas normas infraconstitucionais, as quais delimitam e densificam esse importante princípio constitucional (STF, Pet 2066 AgR/SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 19/10/2000. Tribunal Pleno. Publicação: DJ 28/02/2003 PP-00007).

A inovação introduzida no artigo 285 do CPC, por perseguir princípio da efetividade do processo, não padece de inconstitucionalidade, possibilitando às partes no processo ampla possibilidade de proteção judicial de suas posições jurídicas. Nesse sentido, colhe-se precedente de nosso Tribunal:

EXECUÇÃO FISCAL EMBARGOS. NULIDADE DA SENTENÇA. ART. 285-A DO CPC. DECLARAÇÃO DE TRIBUTOS. NOTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. DECADÊNCIA AFASTADA. REQUISITOS DA CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. LEGALIDADE DA TAXA SELIC. 1. O art. 285-A do CPC foi introduzido na legislação processual com o objetivo de economia de tempo, buscando evitar a repetição de demandas que

envolvam questões já pacificadas, não afrontando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (TRF4, AC 2005.72.05.004641-3, Segunda Turma, Relator Luciane Amaral Corrêa Münch, D.E. 26/09/2007)

CERCEAMENTO DE DEFESA

Examo alegação de nulidade em face da não-instrução do feito. As pretensões expostas na inicial não dizem respeito à correta aplicação das cláusulas pactuadas, onde haveria, então, necessidade de análise por profissional habilitado. Na realidade, postulam a nulidade das próprias cláusulas pactuadas e sua substituição por outras que os autores defendem como devidas, em face da pretendida aplicação ao contrato das regras do SFH. Com isso, tenho que a instrução probatória torna-se prescindível, na medida em que as pretensões remetem à análise de questões de direito ou, ainda, são possíveis de ser examinadas com os documentos constantes dos autos.

(AC nº 2007.70.00.000118-9/PR. TRF 4^a Região, 4^a Turma, unânime, D.E. 10/12/2007)

Passo ao mérito.

Embora concorde com o argumento várias vezes levantado, de que a intenção do financiamento estudantil é amenizar a desigualdade social, auxiliando as pessoas socialmente desfavorecidas a ingressarem no ensino superior, que a criação do FIES não objetivou, precipuamente, ao contrário do CREDUC, privilegiar incondicionalmente o "estudante comprovadamente carente e com bom desempenho acadêmico" (art. 2º, da

Lei n.º 8.436/92), mas proporcionar, àquele estudante a quem falta suficiente condição financeira e por intermédio de autêntico financiamento, o acesso ao ensino superior em estabelecimentos particulares.

Assim, o FIES é uma iniciativa que visa colocar um maior número de estudantes em posição de freqüentar um curso superior, sem que isto signifique, no entanto, o sacrifício do orçamento público, sob pena de ter a mesma sorte do programa que lhe antecedeu, isto é, o Programa de Crédito Educativo - CREDUC, que teve a ausência de garantias como principal causa de sua quebra. Dessa forma, o suposto caráter social do FIES, certamente não possui o mesmo alcance do extinto CREDUC, não cabendo ser infinitamente elastecido para abarcar toda e qualquer pretensão revisional da parte autora.

Quanto à questão da alegada incidência de juros capitalizados, tomo como razões de decidir, o seguinte precedente deste Egrégio Tribunal:

"AÇÃO ORDINÁRIA. REVISÃO CONTRATUAL. CONTRATO BANCÁRIO. FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL DO ENSINO SUPERIOR - FIES. JUROS. CDC. INAPLICABILIDADE. MULTA E PENA CONVENCIONAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. REVOGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRECEDENTE."

1. Se o contrato, escudado no preceito legal do art. 5º da Lei 10.260/01, que regula o sistema de financiamento pelo FIES, fixou os juros efetivos em 9% ao ano, é irrelevante a forma de sua opera-

cionalização mensal fracionária, que, de qualquer forma, não implica transgressão à vedação da Súmula 121 do STF.

(...)

(AC nº 2005.71.00.012133-4/RS.
TRF 4ª Região, 3ª Turma, unânime.
Rel. Des. Federal Carlos Eduardo
Thompson Flores Lenz, DJU
22/11/2006)

Esclareço, de plano, que a posição inteligentemente firmada pela colenda 3ª Turma, não afasta a incidência da Súmula nº 121, do Supremo Tribunal Federal, que veda "a capitalização mensal de juros, ainda que expressamente pactuada", sendo remansosa a jurisprudência no sentido de somente permiti-la em casos excepcionais, a exemplo das cédulas de crédito rural.

O que se está a dizer é que, no caso particular do FIES, pouco importa a suposta capitalização mensal dos juros, pois está legal e contratualmente prevista uma taxa anual efetiva de 9%, isto é, não se trata de juros mensais que, aplicados de modo capitalizado cumulam taxa efetiva superior à sua aplicação não capitalizada.

Matematicamente, o argumento dos devedores é de que o agente financeiro estaria aplicando 1/12 avos de 9% (isto é 0,75%), capitalizados mês a mês, resultando em 9,38% de taxa efetiva ao final do ano, o que, isto sim, é vedado. Entretanto, em verdade, a CEF aplica mensalmente apenas a fração necessária a que se atinja, através da capitalização mensal, uma taxa efetiva de 9% ao final do ano, ou seja, aplica 0,720732% a.m (como está expresso no contrato).

Além disso, esclareço que a legalidade de tal capitalização não decorre de uma suposta aplicação retroativa da MP n° 1.963/00, mas do regulado pela Resolução CMN n° 2.647/99, que dispôs em seu art. 6º, que:

"Art. 6º Para os contratos firmados no segundo semestre de 1999, bem como no caso daqueles de que trata o art. 15 da Medida Provisória nº 1.865, de 1999, a taxa efetiva de juros será de 9% a.a.(nove inteiros por cento ao ano), capitalizada mensalmente."

Assim, desde 22.09.1999, a referida Resolução CMN n° 2.647/99, regulamentando o disposto na MP n° 1.865/99, sucessora da MP n° 1.827/99, e que acabou sendo eventualmente convertida na Lei n° 10.260/01, já previa a incidência de juros no patamar de 9% a.a. Apenas para fins de esclarecimento, saliento que a Resolução CMN n° 2.647/99 vigorou até ser substituída pela Resolução CMN n° 3.415/06, que dispôs sobre percentuais aplicáveis aos contratos posteriores a 1º de julho de 2006, ressaltando que:

"Art. 2º Para os contratos do FIES celebrados antes de 1º de julho de 2006 aplica-se a taxa prevista no art. 6º da Resolução nº 2.647, de 22 de setembro de 1999."

Como se vê a disposição é expressa em relação aos contratos anteriores a 01/07/2006, não se podendo falar em retroação, mesmo em homenagem à isonomia, pois, evidentemente, as taxas de juros foram estipuladas de acordo com as circunstâncias econômicas daquela época, e, na justa avaliação

do órgão competente, o Fundo não possuía condições de suportar o impacto de uma readequação dos contratos firmados sob a égide da Resolução anterior.

De mais a mais, é rudimento do direito contratual a cláusula *pacta sunt servanda*, isto é, os pactos devem ser cumpridos, logo, se o contratado, à época foram juros remuneratórios de 9% a.a., não há qualquer estribo a pretender sua redução, pela simples razão de que hoje se contratam a percentuais inferiores, como não se haveria de majorá-los, se o contrário ocorresse.

Por fim, ressalto que não há qualquer óbice a que o Conselho Monetário Nacional, órgão do Sistema Financeiro Nacional competente para a fixação das taxas de juros em empréstimos com recursos de fundos públicos, regule também os juros do FIES.

Quanto à pretendida limitação dos juros remuneratórios a 2% a.a., pois o § 3º, do art. 2º, da Lei n° 10.260/01 supostamente retrataria que a gestão do FIES 'custa' apenas 2%, sendo 7% de 'lucro', esclareço que tal dispositivo (que aliás já está revogado face ao advento da Lei n° 11.552/07, que deu nova redação a este ponto) apenas limitou-se a prever despesas do Fundo com o agente financeiro, quando, em verdade, a captação de recursos através dos juros remuneratórios está voltada, especialmente, ao atendimento do art. 2º, III, da mesma lei, isto é:

**"Art. 2º Constituem receitas do FIES:
(...)**

III - encargos e sanções contratuamente cobrados nos financiamentos concedidos ao amparo desta Lei;(...)"

Ora, sob pena de assistirmos novamente a falência de um Fundo, não podemos crer que ele se manterá apenas atendendo às meras despesas administrativas, mas, é claro, também sendo atendido na manutenção de seu capital.

Em síntese, o que a jurisprudência veda, inclusive sob a forma de súmula, não é a mera operação matemática da capitalização, vez que o direito não faz exame das leis matemáticas, mas sim a eventual onerosidade que dela pode decorrer, o que ocorreria, por exemplo, caso fossem observadas amortizações negativas em algum período. Tais amortizações negativas demonstrariam a ocorrência do anatocismo (que se concretiza quando o valor do encargo mensal revela-se insuficiente para liquidar até mesmo a parcela de juros), este sim legalmente vedado e, neste ponto, faço uma alteração do posicionamento que, até agora, vinha manifestando nos julgados.

No caso do FIES tem sido demonstrado que, embora os juros remuneratórios sobre o saldo devedor fluam desde a contratação, mensalmente (cláusula 10º do contrato), o pagamento de juros remuneratórios durante o período de utilização do financiamento está limitado a uma parcela trimestral de R\$ 50,00 (cláusula 9.1 do contrato). De tal fato decorre, evidentemente, a incorporação ao

saldo devedor, da parcela de juros que supera os R\$ 50,00 trimestralmente pagos, dando ensejo a que os juros remuneratórios dos meses subseqüentes incidam sobre a parcela ilegalmente incorporada.

Assim, a limitação do montante a ser pago a título de juros remuneratórios durante o período de utilização é um favor legal (art. 5º, § 1º, da Lei nº 10.260/01), que difere a cobrança de parte dos juros, não exonerando o devedor, no entanto, tampouco devendo onerá-lo. Situação similar ocorre nos 12 primeiros meses do período de amortização, nos quais o estudante fica obrigado a pagar apenas o valor equivalente ao que pagou diretamente à instituição de ensino superior em seu último semestre (art. 5º, IV, 'a', na redação anterior à Lei nº 11.552/07).

Dessa forma, tendo em vista que o pagamento da dívida é, além de uma obrigação, um direito do devedor, impõe-se, em tese, assegurar a destinação prioritária dos encargos pagos à quitação integral dos acessórios, parcela de amortização e, por fim, dos juros, nesta ordem, como medida capaz assegurar a manutenção de um mínimo de equidade entre as partes e coibir a prática de cobrança abusiva de juros.

No caso particular do contrato de FIES, em que a parcela paga no período de utilização é relativa, exclusivamente, a juros remuneratórios, é de ser determinada a revisão do contrato de mútuo mediante liquidação por arbitramento (nos termos dos arts. 475-C e 475-D, do CPC, na redação dada

pela Lei nº 11.232/05), para que a parcela de juros que supera os R\$ 50,00 trimestralmente pagos, que vinha sendo incorporada ao saldo devedor, passe a compor um saldo devedor a parte sobre o qual incidirá apenas correção monetária pelos percentuais contratados. Da mesma forma, devem compor tal saldo devedor a parte, aquelas parcelas de juros que nos primeiros 12 meses da fase de amortização, após a quitação integral dos acessórios e da parcela de amortização, superem a parcela mensal.

Desse modo, no acerto de contas final, o credor não deixará de receber um centavo do que lhe é devido (ou seja, o principal, atualizado monetariamente, acrescido de juros remuneratórios e moratórios quando for o caso), sendo excluído, tão-somente, o montante de juros cobrados sobre juros remuneratórios impagos. Esta, ao meu ver, a melhor forma de se assegurar a observância das finalidades precípuas do contrato e de atender e conciliar os interesses das partes.

Quanto ao pedido antecipatório, ressalto que, em se tratando de ação revisional de contrato, a jurisprudência pátria é remansosa no sentido de que o mero ajuizamento da ação não torna o devedor automaticamente imune à inscrição em cadastros negativos de crédito.

Ainda, quanto aos fiadores, tenho que, tratando-se de ação ordinária de revisão contratual, figuram legitimadas apenas as partes contratantes, enquanto os fi-

adores, em relação contratual acessória, respondem apenas como garantidores do pagamento da dívida, caso esta não venha a ser paga pelo devedor. Por conseguinte, no caso em tela, não se configura litiscon-sórcio ativo necessário, por faltar interesse jurídico aos fiadores no pleito onde se discute a revisão das condições e cláusulas do contrato de financiamento, logo, não há ensejo, sequer em tese, a extensão de tutela a estes.

Além do mais, a consignação pretendida, em valor substancialmente inferior ao contratado, não pode ser imposta à ré, pois impossível veicular pretensão de consignação em lide revisional, por incompatibilidade de rito, vez que a ação consignatória impede os efeitos da mora sobre tais valores, justamente porque possibilita o seu pronto levantamento pelo credor.

Contudo, seria possível, em tese, o depósito da integralidade dos valores cobrados em conta à disposição do juízo, o que não purgaria a mora, por não ser possível o levantamento, contudo, impediria a inclusão em cadastros de inadimplência, haja vista a boa-fé desta postura do devedor.

Pode a parte, evidentemente, irresignar-se quanto aos critérios contratuais, e seu pleito de mérito até mereceu parcial acolhida, não podendo, no entanto, de plano passar a pagar, em sede de ação revisional, uma fração da parcela estipulada.

No que se refere aos honorários advocatícios, a partir de prece-

dentes desta Corte, levando em consideração a espécie, a verba honorária deve ser fixada no montante de 10% sobre o valor da condenação, situação que se mostra em perfeita sintonia à norma contida no art. 20 do CPC. Por outro lado, face à reciprocidade da sucumbência, tal verba deve ser rateada em partes iguais e integralmente compensada

Quanto à compensação de honorários, face à reciprocidade verificada, saliento que ela encontra respaldo na jurisprudência do Colendo STJ, conforme os acórdãos que vão a seguir transcritos:

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. PRECLUSÃO.

Embora seja certo que a Lei nº 8.906/94 - o "Novo Estatuto da Advocacia" - assegura pertencer ao advogado a verba honorária incluída na condenação, é igualmente verdadeiro, no que seja atinente ao instituto da sucumbência e à distribuição dos ônus, que continuam tendo aplicação as regras contidas no Código de Processo Civil. Assim, o juiz pode compensar os honorários, sem que isso importe em ofensa qualquer à legislação específica. Contudo, no caso, transitou em julgado a sentença que negou a compensação, não podendo o tema, pois, ser mais objeto de debate quando da execução do julgado.

Recurso especial não conhecido."

(REsp nº 234.676/RS - Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU de 10/04/2000).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. ESTATUTO DO ADVOGADO - LEI Nº 8.906/94.

O art. 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) alterou somente a legitimidade quanto ao destinatário dos honorários, mantendo-se intactas as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil, motivo pelo qual deve haver a compensação. Agravo Regimental improvido."

(ADREsp nº 274.438/RS, Relator Ministro Francisco Falcão, DJU de 11/06/2001, p.118).

Com efeito, a Lei nº 8.906/94 garantiu aos advogados o direito autônomo às verbas sucumbenciais. Contudo, permanecem íntegras as regras contidas no Código de Processo Civil relativas à compensação.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao apelo da parte autora.

Valdemar Capeletti
Relator

CERTIDÃO

Certifico que este processo foi incluído na pauta do dia 12/11/2008, na seqüência 175, disponibilizado no DE de 05/11/2008, da qual foi intimado(a), por mandado arquivado nesta secretaria, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em

epígrafe, em sessão realizada nessa data, proferiu a seguinte decisão:

**A TURMA, POR UNANIMIDADE,
DECIDIU DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA PARTE AUTORA.**

**Regaldo Amaral Milbradt
Diretor de Secretaria**

Tribunal Regional Federal da 4^a Região

Lei Municipal. Tempo de espera na fila. Suspensão de atividades.

EMENTA OFICIAL

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI MUNICIPAL. TEMPO DE ESPERA. CEF. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES. INCABÍVEL.

A norma que impõe penalidade ao descumprimento do limite máximo legalmente estabelecido como tempo de espera do cliente ao atendimento bancário deve ter por finalidade garantir ao consumidor a agilidade na prestação do serviço bancário.

A punição administrativa não pode impor ao banco a suspensão do exercício das atividades, pois tal procedimento acaba, ao invés de beneficiar o tomador do serviço, por impossibilitar o atendimento da agência bancária, prejudicando o consumidor.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 18 de fevereiro de 2009.

Juiz Márcio Antônio Rocha

Relator

**Apelação Civil nº 2008.71.00.
006396-7/RS. DE 10/03/2009.**

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, impetrado em face do Secretário Municipal da Produção, Indústria e Comércio da Prefeitura de Porto Alegre, objetivando a suspensão dos efeitos da Portaria SMIC nº 53/2008, que aplicou pena de suspensão do exercício das atividades, por dois dias úteis, à agência da Caixa Econômica Federal.

O Juízo a quo concedeu a segurança, para suspender os efeitos da Portaria nº 53/08 - SMIC. Custas pela impetrada. Sem honorários advocatícios (fls. 264/265).

O Município de Porto Alegre apela, sustentando que foi aplicada penalidade de suspensão do exercício das atividades, por dois dias úteis à agência da CEF na rua dos Andradas nº 1261, relativos ao descumprimento do tempo máximo de espera nas filas do banco. Argumenta que as autuações tem origem no descumprimento da legislação municipal nº 9.992/06. Argumenta que o procedimento administrativo foi devidamente realizado, assegurando a defesa da CEF, e que, ante a reincidência da impetrante, cabível a interdição da agência bancária.

Assevera que a atuação da Administração Pública é pautada em normas e princípios direcionados à proteção do bem público e interesse da coletividade (fls.272/278).

Com contra-razões, vieram os autos a esta Corte. O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do apelo (fls.295/295-verso).

É o relatório.

Dispensada a revisão (art. 37, IX, do RITR-4^aR).

**Juiz Márcio Antônio Rocha
Relator**

VOTO

Os municípios são entidades político-administrativas com autonomia política, financeira e administrativa, com competência para legislar sobre questões de interesse local, conforme art. 30, I da Constituição Federal.

Em consonância com o referido artigo constitucional, o Município de Porto Alegre editou a Lei Municipal 9.992/2006, que em seu art. 1º, §1º regula o tempo máximo de espera para atendimento em instituições financeiras.

Ocorre que, conforme consignou o juízo a quo, o Município, a princípio, não poderia embargar a parcela de atuação da Caixa Econômica Federal relacionada ao serviço público federal, como FGTS e benefícios previdenciários.

Além disso, não vislumbro a verossimilhança do direito alegado pelo Município, merecendo ser mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos, que adoto como razão de decidir:

"Além disso, a despeito da constitucionalidade da lei municipal que regula o tempo tolerável de atendimento nas agências bancárias do município, a qual encontra apoio no artigo 30, I, da Constituição Federal, a norma que impõe penalidade ao descumprimento do limite máximo legalmente estabelecido como tempo de espera do cliente ao atendimento bancário deve ter por finalidade garantir ao consumidor a agilidade na prestação do serviço bancário.

A punição administrativa, portanto, não pode, como se revela na situação dos autos, impor ao banco a suspensão do exercício das atividades pelo prazo de dois dias úteis, já que tal procedimento acaba, ao invés de beneficiar o tomador do serviço, por impossibilitar o atendimento da agência bancária, prejudicando o consumidor.

Cabe considerar, ainda, que a CEF, além das atividades peculiares às instituições financeiras em geral, sabidamente presta serviços de relevância pública, atuando como agente financeiro do governo federal e servindo aos trabalhadores do país, por meio do pagamento de FGTS, PIS e seguro-desemprego, bem como aos destinatários dos programas sociais federais.

Nesse sentido, ultrapassa o parâmetro da razoabilidade a prática de ato administrativo punitivo que impõe a suspensão do atendimento de uma agência bancária da CEF pelo descumprimento do tempo de quinze minutos no serviço de atendimento no caixa.

Diante desse contexto, tenho

que a portaria impugnada na inicial viola a legislação municipal que disciplina o tempo de atendimento nas agências bancárias desta capital e afronta o princípio da razoabilidade." (fls. 264-verso/265).

Dianete do exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação e à remessa oficial.

**Juiz Márcio Antônio Rocha
Relator**

CERTIDÃO

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 18/02/2009, na seqüência 408, disponibilizado

no DE de 09/02/2009, da qual foi intimado(a), por mandado arquivado nesta secretaria, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4^a TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nessa data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

**Regaldo Amaral Milbradt
Diretor de Secretaria**

