

ADVOGADA

ANO VII - Nº 14 - MAI | 12

# REVISTA DE DIREITO

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS  
DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

# Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados  
da Caixa Econômica Federal*



## **ADVOCEF**

*Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal*

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 1410, Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120, Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

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

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

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.14, 2012

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: *Simone Diefenbach Borges*

Tiragem: 2.200 exemplares

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Gráfica Editora Pallotti*

*Solicita-se Permuta*

## **| DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF**

### **Presidente**

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Recife)

### **Vice-Presidente**

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

### **1º Tesoureiro**

Estanislau Luciano de Oliveira (Brasília)

### **2º Tesoureira**

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

### **1º Secretaria**

Lenymara Carvalho (Brasília)

### **2º Secretaria**

Lya Rachel Basseto Vieira (Campinas)

### **Diretor de Articulação e Relacionamento Institucional**

Júlio Vitor Greve (Brasília)

### **Diretor de Comunicação, Relacionamento Interno e Eventos**

Roberto Maia (Porto Alegre)

### **Diretor de Honorários Advocatícios**

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)

### **Diretor de Negociação Coletiva**

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

### **Diretora de Prerrogativas**

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (Fortaleza)

### **Diretor Jurídico**

Pedro Jorge Santana Pereira (Recife)

### **Diretora Social**

Isabella Gomes Machado (Brasília)

## **| CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA**

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caíres Jost Guadanhim

Roberto Maia

## **CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA**

**Alaim Giovani Fortes Stefanello**

*Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FADIVALE/MG. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR.*

**Bruno Queiroz Oliveira**

*Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Conselheiro Seccional da OAB/CE. Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus e da Escola Superior do Ministério Público no Ceará.*

**Davi Duarte**

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

**Iliane Rosa Pagliarini**

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

**João Pedro Silvestrin**

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

## **CONSELHO DELIBERATIVO**

### **Membros Efetivos**

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Davi Duarte (Porto Alegre)

Fernando da Silva Abs Cruz (Porto Alegre)

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Luciano Caixeta Amâncio (Brasília)

Patrícia Raquel Caíres Jost Guadanhim (Londrina)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

### **Membros Suplentes**

Antônio Xavier de Moraes Primo (Recife)

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife)

# **CONSELHO FISCAL**

## **Membros Efetivos**

Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)

Edson Pereira da Silva (Brasília)

Jayme de Azevedo Lima (Curitiba)

## **Membros Suplentes**

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

Sandro Endrigo de Azevedo Chiarotti (Ribeirão Preto)



# ■ SUMÁRIO

---

**APRESENTAÇÃO .....** ..... 9

**MENSAGEM .....** ..... 11

## **PARTE 1 – ARTIGOS**

### **Justiça e razão prática a partir de Aristóteles**

*Gryecos Attom Valente Loureiro* ..... 15

### **A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho: por que o direito internacional pode colaborar com o direito interno brasileiro?**

*Anelise Ribeiro Pletsch* ..... 29

### **A Súmula 331 do TST e a responsabilidade da Administração Pública**

*Ronaldo E. Scarponi Júnior* ..... 47

### **Considerações sobre o juízo de admissibilidade recursal e a política de desafogamento dos tribunais superiores**

*Karine Volpato Galvani* ..... 85

### **Direitos patrimoniais de autor *versus* direitos culturais do cidadão: fundamentos para a proposição de um direito autoral-constitucional**

*Ciro de Lopes e Barbuda* ..... 103

### **O direito à cultura como um direito fundamental do cidadão brasileiro**

*Jairdes Carvalho Garcia* ..... 149

### **Recuperação judicial de créditos e paraísos fiscais**

*Gilberto Moreira Costa* ..... 179

### **O Estado e sua responsabilização civil**

*Lisandra de Andrade Pereira* ..... 193

## **PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA**

### **Superior Tribunal de Justiça**

*Direito Processual Civil. Recurso Especial representativo de controvérsia. Cumprimento de sentença. Impugnação. Honorários advocatícios. Art. 543-C do CPC* ..... 225

### **Superior Tribunal de Justiça**

*Direito Civil e Cambiário. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Duplicata recebida por endosso-mandato. Protesto. Responsabilidade do endossatário. Necessidade de culpa* ..... 243

### **Superior Tribunal de Justiça**

*Direito Civil e Cambiário. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Duplicata desprovida de causa recebida por endosso translativo. Protesto. Responsabilidade do endossatário* ..... 251

### **Superior Tribunal de Justiça**

*SFI. Inadimplemento. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário. Reintegração da posse do imóvel pelo credor anteriormente ao leilão extrajudicial previsto no art. 27 da Lei 9.514/97. Possibilidade* ..... 263

### **Superior Tribunal de Justiça**

*Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento de automóvel com garantia de alienação fiduciária. Notificação extrajudicial realizada por cartório de títulos e documentos situado em comarca diversa da do domicílio do devedor. Validade* ..... 271

### **Superior Tribunal de Justiça**

*Direito bancário e processual civil. Cédula de Crédito Bancário vinculada a contrato de crédito rotativo. Exequibilidade. Lei n. 10.931/2004. Possibilidade de questionamento acerca do preenchimento dos requisitos legais relativos aos demonstrativos da dívida* ..... 279

### **Tribunal Superior do Trabalho**

*Recurso de Revista. Ação civil pública. Correspondentes bancários. Lotéricas. Equiparação aos bancários. Responsabilidade exclusiva da CEF afastada* ..... 287

## **PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO ..... 299**

# APRESENTAÇÃO

---

## **O conhecimento e a informação**

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, com esta 14ª edição da Revista de Direito, oferece aos seus leitores um mosaico de vibrantes temas.

A amplitude e a diversidade de assuntos trazidos neste número revelam um viés de universalidade em favor do conhecimento e da informação.

Artigos que demonstram algumas das várias facetas das ciências jurídicas e sociais desfilam pelas páginas seguintes, desvendando, elucidando e até mesmo polemizando conceitos e verdades.

De formação inicialmente corporativa interna, a Revista de Direito tem evoluído em direção a uma maior amplitude e mesclagem, tanto de autoria quanto de embasamento teórico dos artigos publicados.

Sem prejuízo desses princípios, a presente edição acabou por se revelar coincidentemente corporativa. E a coincidência vem da introdução de uma nova forma de análise dos trabalhos oferecidos à publicação. A partir de agora, a publicação passa a realizar o denominado sistema de análise cega (do inglês blind review system), pelo qual o Conselho Editorial aprecia e decide pelo acolhimento dos trabalhos sem conhecer a autoria e seus vínculos.

Quis o destino que, não obstante tais premissas, esta edição acabasse por reunir uma plêiade de profissionais com vinculação atual ou pretérita à área jurídica da Caixa. Os artigos têm por autores diversos advogados integrantes dos quadros, somados a

---

ex-integrantes e também a profissionais que tiveram parte de sua formação acadêmica ou profissional bastante próxima desta corporação.

A edição é integrada, ainda, por jurisprudência atualizada e especialmente selecionada, prestando informação qualificada a quem precisa conhecer a íntegra de alguns dos julgados mais representativos dos Tribunais brasileiros.

Desejamos que o conteúdo enriqueça as mentes e seja um convite à participação em próximos números.

***Diretoria Executiva da ADVOCEF***

## **MENSAGEM**

---

A importância dos fenômenos econômicos na sociedade globalizada do século XXI é inegável. Por outro lado, cada vez mais, esse tema demanda investigação aprofundada acerca da função do Estado no controle das práticas econômicas como forma de implementar suas políticas destinadas ao bem-estar da sociedade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro retornou aos ditames da democracia, tendo como fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana e como principal objetivo a realização da justiça social. Para que a dignidade humana fosse respeitada e a justiça social alcançada, o texto constitucional trouxe uma série de princípios informadores das condutas dos governantes, que, a partir de sua promulgação, voltaram a ser eleitos pelo povo.

Nesse sentido, avulta a função da Caixa Econômica Federal como banco cem por cento público e de enorme relevância para a sociedade brasileira. A recente decisão adotada no sentido de baixar fortemente os juros das suas linhas de crédito é totalmente legítima - e correta, do ponto de vista econômico. As medidas para diminuir o spread bancário brasileiro já começaram a surtir efeito e o benefício social é prioritário frente aos interesses particulares do mercado financeiro e das instituições financeiras.

Assim, ao promover a maior redução de juros da sua história, a Caixa Econômica Federal mais uma vez cumpre a sua relevante missão de propiciar melhores condições vida ao povo brasileiro.

**Bruno Queiroz Oliveira**  
**Conselho Editorial da Revista de Direito**



# PARTE 1

# ARTIGOS



# Justiça e razão prática a partir de Aristóteles

**Gryecos Attom Valente Loureiro**

Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro

Especialista em Direito Empresarial

MBA pela Fundação Getúlio Vargas/RJ

Especialista em Direito Processual Civil

Pós-graduado pela Universidade de Santa Cruz do Sul

## RESUMO

O presente estudo visa discutir o conceito de justiça, na perspectiva aristotélica apresentada na obra *Ética a Nicômaco*. Não esgota sua fonte de investigação na EN, na medida em que ingressa na obra de outros filósofos que se dedicaram ao tema. Considerando que a busca pela justiça é desejo de todos os povos e o anseio por sua efetivação guarda raízes no próprio espírito humano, a pesquisa pretende indicar a forma para alcançá-la na ótica aristotélica, bem como apresentar critérios seguros para diferenciar as práticas mais adequadas a sua efetivação. No decorrer do estudo, serão tratadas a relação entre o agir justamente e a realização da justiça, a disposição do caráter humano em alcançar esta justiça, as instâncias reflexivas e espontâneas do humano, a influência do sentimento particular sobre o que seria a justiça e a impossibilidade deste sentimento íntimo servir como uma regra universal. Para tanto, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores da filosofia que tratam desse problema. Partindo do pressuposto de que a busca da justiça, seja no âmbito filosófico, seja no âmbito jurídico, deve ser encarada como antecedente lógico para que se consiga saciar a ânsia do espírito humano por sua efetivação, "justiça e razão prática a partir de Aristóteles" é um tema que se apresenta como de grande relevância para todo estudioso do tema.

Palavras-chave: Aristóteles. Justiça. Razão prática.

## ABSTRACT

This study aims to discuss the concept of justice in the aristotelian perspective presented in Nicomachean Ethics. Does not exhaust their source investigation in NE, insofar as he researched the work of other philosophers who have engaged on the subject. Considering which the pursuit of justice is the desire of all peoples

and the wish for his effectivation keeps roots in the human spirit, the research is intended to indicate how to reach it in aristotelian optics, as well as provide safe criteria to differentiate the practices best suited to its effectiveness. During the study, will be treated the relationship between the act justly and the realization of justice, the disposition of human character to achieve this justice, spontaneous and reflective estates of the human, the influence of particular feeling about what would be justice and the impossibility of one inner feeling to serve as a universal rule. For this purpose, we use the methodology of research in literature consisting primarily of reading, book report and comparison of theories of the principal authors of philosophy which dealing with this problem. Assuming that the pursuit of justice, whether in philosophy, whether in law study, should be seen as a logical precursor for to satisfy the craving the human spirit for its realization, "justice and practical reason from Aristotle" is a theme that presents itself as highly relevant to every student of the subject.

Keywords: Aristotle. Justice. Practical reason.

## Introdução

O presente estudo deriva da nascente de conhecimento inserta em Ética a Nicômaco, obra ímpar na construção da intelectualidade ocidental e expressão da inteligência de Aristóteles. Não esgota sua fonte de investigação na EN, ainda que se reconheça a magnitude do pensamento aristotélico, não disfarçando o deliberado interesse em pesquisar em outras fontes que se dedicaram a pensar o tema.

A busca pela justiça é desejo de todos os povos e o anseio por sua efetivação guarda raízes no próprio espírito humano. A partir desta proposição o estudo pretende identificar a forma para alcançá-la na ótica aristotélica, bem como apresentar critérios seguros para diferenciar as práticas mais adequadas a sua obtenção.

Aristóteles é, inegavelmente, o filósofo da razão prática, da busca da felicidade a partir do alcance de uma excelência técnica, sendo esta compreendida como o resultado do acúmulo da experiência.

Em que pese a Ética a Nicômaco ser considerada como um tratado exauriente das regras do "como viver", nesta pesquisa serão também apresentadas outras proposições filosóficas acerca da relação do ser humano com a busca da justiça.

Neste caminhar intelectual, serão tratadas questões como a relação entre o agir justamente e a realização da justiça, a disposição do caráter humano em alcançar esta justiça, as instâncias reflexiva e espontânea do humano, a influência do sentimento particular sobre o que seria a justiça e a impossibilidade deste sentimento íntimo servir como uma regra universal.

## 1 A nascente em Aristóteles

Inicialmente, vale tecer uma breve contextualização da ética nicomaqueia. Aristóteles apresenta sua inteligência na *Ética a Nicômaco* em dez capítulos que poderiam ser divididos em três partes, estas assim consideradas como sendo a definição do bem, seu modo de aquisição e, última parte, seu modo de fruição.

O estudo tem sua coluna vertebral, portanto, nos Livros IV, V, VI e VII da EN, como representativos da segunda parte do livro.

A ênfase, por óbvio, centra-se no Livro V, na medida em que nesta oportunidade Aristóteles se dedica ao estudo da justiça, amizade.

A questão de fundo, vale antecipar, se relaciona com a tendência natural do humano para se dirigir ao fim último, ao bem supremo, que é definida por Caeiro como a facticidade da completude:

Há uma completude (ÔÝειο) para a qual desde sempre tendemos. A vida humana é orientada por um sentido que lhe dará completude. Enquanto tal, vivemos só de caminho, movidos pelo que ainda não foi de facto obtido. Apesar de esse sentido ser uma *irrealidade*, não deixa, por isso, de ser efectivo. Orienta-nos e *situa-nos* ao passarmos por tudo aquilo por que passamos e ao fazermos tudo aquilo que fazemos. É sob a lógica da *tenção tendenciosa* para a *completude* que nos apercebemos compreensivamente de toda a forma de *desvio e fuga* ou de *aproximação e perseguição*: da possibilidade autêntica que nos permite realizar a nossa existência (CAEIRO, 2002, p. 323).

Esta tenção tendenciosa, portanto, contribuiria, estaria presente, moveria o ser humano para o alcance da absoluta justiça. Se essa justiça seria factível, se seria identificada no mundo fenomenológico e, principalmente, se enquanto ideia diretriz alcançaria uma definição única, são questões que motivam o pensar filosófico e tangenciam o objeto do presente estudo.

Na mesma linha, este *viver só de caminho* se encontraria na esfera da esperança. É por conhecer o objeto querido que se trilha o caminho, ainda que não se tenha certeza do resultado que será efetivamente alcançado.

Este movimento que compõe o humano, esta tendência natural, é observado por Rawls, quando afirma que

uma sociedade bem estruturada também é regulada pela concepção pública de justiça. Esse fato implica que seus membros têm um desejo forte e, normalmente, efetivo de agir, conforme exigem os princípios de justiça [...] a

maioria das doutrinas tradicionais afirma que, até certo ponto pelo menos, a natureza humana é tal, que adquirimos o desejo de agir de maneira justa quando convivemos com instituições justas e delas nos beneficiamos. Na medida em que tal seja verdade, a concepção de justiça está psicologicamente adequada às inclinações humanas. Ademais, caso o desejo de agir justamente também regulasse nosso plano racional de vida, então a ação justa faria parte do nosso bem. Nessa eventualidade, as concepções de justiça e de bem são compatíveis e a teoria, como um todo, será coerente (RAWLS, 1981, p. 336-337).

Denota-se que o *apetite* (*Ὀρεξίς*) em Aristóteles, a *tenção tendenciosa* de Caeiro e o *desejo forte* em Rawls são conceitos que se comunicam e exprimem ideias muito próximas.

Ao iniciar a abordagem acerca dos modos de fruição dos bens, Aristóteles esclarece o conceito de liberalidade (EN IV, 1119b, 21), o fixando como o meio-termo em relação à riqueza (ARISTÓTELES, 2002, p. 81). Em outras palavras, fica claro que a riqueza é definida como um bem, como algo bom (*ἀγαθοῦ τινός*) a ser perseguido pelo homem, ao passo que a virtude necessária à utilização deste bem será a liberalidade.

Vale lembrar que o meio-termo na ótica aristotélica é o ponto de equilíbrio, ou seja, aquele que é equidistante entre o excesso e a falta – “meio-termo no objeto” – e o que não é demasiado nem muito pouco – “meio-termo em relação a nós” (EN II, 1106a, 25-35) (ARISTÓTELES, 2002, p. 81). Saber como adquirir e, principalmente, como distribuir a própria riqueza é a virtude específica identificada por Aristóteles.

E, mais adiante, fica evidente que a inteligência aristotélica está preordenada para entender que o ato de dar riqueza é mais virtuoso que o de recebê-la, na medida em que seria mais próprio da virtude praticar o bem do que recebê-lo, bem como praticar ações nobres mais do que abster-se da prática de ações ignóbeis (EN IV, 1120a, 10-15) (ARISTÓTELES, 2002, p. 81-82). Fica expresso, em várias passagens da ética nicomaqueia, que a virtude está no agir, no agir bem. A passividade da conduta também é louvada, mas sempre referenciada como de menor valor em comparação com o ato de fazer algo.

Um pouco mais adiante, o que foi dito acima será referendado e esta diferença entre a valoração da conduta do agente e a do paciente ficará muito bem delineada. Neste ponto, Aristóteles estabelecerá que as pessoas que dão serão chamadas de liberais, e, portanto, representariam o meio-termo da riqueza, enquanto as que recusam receber seriam louvadas não pela liberalidade, mas sim pelo espírito de justiça (EN IV, 1120a, 19-25) (ARISTÓTELES, 2002, p. 82).

É de destaque a importância da passagem para o presente estudo, na medida em que Aristóteles não só estabelece definitivamente que o *agir* é classificado como o ponto máximo da virtude, a sua perfeição, ou seja, o *meio-termo*, como também fica evidente que a abstenção, ainda que legítima, ainda que virtuosa, ainda que inspirada por um adequado critério de justiça, ainda assim será uma conduta menor, inferior.

E a justiça, segundo Aristóteles, “é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo (EN V, 1129a, 5-10)” (ARISTÓTELES, 2002, p. 103).

À primeira vista, a definição parece mais um jogo de palavras entre substantivos e adjetivos, ontologicamente sinônimos, do que propriamente um conceito exauriente. Sendo óbvio que a genialidade aristotélica não se prestaria a tal mister, faz-se necessário alcançar a amplitude do pensamento grego.

Logo de início, é de se reconhecer que essa definição não contrasta com a ideia assente de que a justiça é um conceito regulador, uma ideia diretriz que organiza o pensamento e confere lógica ao raciocínio.

Com efeito, não há nenhum absurdo em se aliar o substantivo *justiça* ao adjetivo *justo*, na medida em que ao se definir o que seria, ou quais as características do *ato justo*, se alcançará a definição de justiça.

Não parece, contudo, que haja tal preocupação didática em Aristóteles, especialmente no que tange à definição de *ato justo*. O que há é a preocupação em investigar que espécie de meio-termo seria a justiça e quais os extremos que equidistanciam do ato justo.

A Ética a Nicômaco é, inexoravelmente, um estudo da razão prática, uma exposição do que fazer, em última análise do “como viver”, para se alcançar a felicidade. Nesse contexto, a preocupação parece ter residido na coerência da exposição do raciocínio como um todo, sem maior preocupação com a formulação de um texto acadêmico. A coerência, interna e externa, da obra se verifica em sua totalidade.

Já havendo afirmado que a justiça é uma disposição de caráter, Aristóteles passa a apresentar as diferenças existentes entre as “ciências e faculdades” e estas “disposições”. As primeiras se relacionariam com objetos contrários, enquanto “uma disposição de caráter, que é um de dois contrários, não pode levar também ao resultado contrário (EN V, 1129a, 10-15)” (ARISTÓTELES, 2002, p. 103).

A aridez da afirmação é esclarecida pelo próprio estagirita quando diz que, “por exemplo, encontramo-nos na situação de termos saúde quando não fazemos o que é contrário à saúde, e

sim o que é saudável” e logo adiante afirma que “muitas vezes, um estado é reconhecido pelo seu contrário, e também com frequência os estados são reconhecidos pelos sujeitos nos quais se manifestam (EN V, 1129a, 5-20)” (ARISTÓTELES, 2002, p. 103).

Zingano esclarece o ponto, quando leciona:

as virtudes morais não são alterações entre contrários ( $\acute{a}\lambda\acute{o}\iota\acute{w}\sigma\acute{e}\iota\acute{c}$ ) mas aperfeiçoamentos ( $\tau\acute{e}\lambda\acute{e}\iota\acute{w}\sigma\acute{e}\iota\acute{c}$ ) de nossa capacidade de agir ou não agir face a diferentes situações [...] nossa capacidade de agir é uma capacidade racional dos contrários: o que eu posso fazer, eu posso deixar de fazer [...] agora, toda virtude moral humana é, para Aristóteles, tal que, mesmo não sendo, num caso particular, acompanhada de razão ou deliberação, tem de poder ser acompanhada de razão (ZINGANO, 2009, p. 82-83).

A diferença residiria na ambiguidade do termo “justiça”, pois, se tal termo for, de fato, ambíguo, também o será o seu contrário, ou seja, a “injustiça”. E, em sendo ambíguos, seus conceitos se aproximariam, o que não permitiria dizer, portanto, que o meio-termo seria a equidistância entre eles (EN V, 1129a, 20-30) (ARISTÓTELES, 2002, p. 103-104).

Para evidenciar esta ambiguidade, o exemplo utilizado em EN é bem claro quando equipara o homem que respeita a lei com o homem probo, em contraponto com o homem que desrespeita a lei e o homem ímparo. No primeiro caso estaríamos diante de homens justos, enquanto no segundo caso estaríamos diante de homens injustos (EN V, 1129a, 30) (ARISTÓTELES, 2002, p. 103-104).

Justiça, meio-termo, ação e disposição de caráter são ideias diretrizes, portanto, e, como tal, preordenam, dando, em conjunto, coerência ao pensamento grego.

## 2 A relação com a lei e os indivíduos

Prosseguindo a exteriorização de seu raciocínio, a inteligência do filósofo grego parte da premissa de que os atos prescritos pela arte do legislador são conforme a lei e dizemos que cada um deles é justo. E, considerando que a lei poderá livremente privilegiar o bem comum ou a obtenção/manutenção de vantagem daqueles que detêm o poder, serão justos tanto os atos que tendem a produzir a felicidade ( $\epsilon\acute{u}\delta\acute{a}\mu\acute{o}\acute{v}\acute{a}$ ) como os que visam preservar os elementos que constituem a sociedade política (EN V, 1129b, 10-20) (ARISTÓTELES, 2002, p. 104-105).

E sobre a sociedade política no pensamento grego clássico, Vaz (2004, p. 136-137) apresenta a seguinte definição:

A sociedade política se apresenta exatamente como o intento de desvincular a necessidade natural da associação e a utilidade comum dela resultante, do exercício do poder como força ou como violência, e assumi-las na esfera legitimadora da lei e do Direito. Esse intento virá a concretizar-se historicamente na invenção da *pólis* como Estado onde o poder é deferido à lei ou à constituição (*politeia*).

Em outra passagem, fica reafirmada esta ideia quando se diz que

a justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são regidas pela lei, e a lei existe para os homens entre os quais pode haver injustiça, pois a justiça legal é a discriminação entre o que é justo e injusto... a justiça e a injustiça se relacionam com a lei e existem entre pessoas naturalmente sujeitas à lei, as quais são pessoas que têm partes iguais em governar e ser governadas (EN V, 1134a, 30; 1134b, 10) (ARISTÓTELES, 2002, p. 104-105).

Esse é um dos pontos nos quais Aristóteles se aproxima de Platão, especialmente quando este último passa a adequar para a “cidade” a expressão “ser senhor de si” e afirma que “dirás que com justiça que ela [a cidade] é proclamada senhora de si, se realmente se deve denominar sensato e senhor de si tudo aquilo cuja parte melhor governa a pior (R IV, 431a-e)” (PLATÃO, 2010, p. 125), e mais adiante conclui que o critério para auferição do meio-termo<sup>1</sup> seria a temperança (R IV, 432a-e):

De maneira que poderíamos dizer com toda a razão que a temperança é esta concórdia, harmonia entre os naturalmente piores e os naturalmente melhores, sobre a questão de saber quem deve comandar, quer na cidade quer num indivíduo (PLATÃO, 2010, p. 125-126).

Nesta toada, em Aristóteles a justiça se apresenta como a mais completa virtude, por ser o exercício atual da virtude completa. “Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos homens exercem sua virtude nos assuntos privados (EN V, 1129b, 25-30)” (ARISTÓTELES, 2002, p. 104-105). E a virtude (areté) nessa passagem é apresentada como o ponto máximo, como a perfeição que uma atividade pode atingir.

Abrindo um parêntese, que talvez tangencie o devaneio, parece que o processo de formação da razão prática, assim considerado como a soma da experiência, das escolhas do humano, no que

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Aristóteles.

tange à justiça e sob a ótica da filosofia sartreana, careceria de uma necessária dicotomia entre o que o homem faz espontaneamente e o que ele faz reflexivamente. E considerando essa possível dupla instância, inafastável considerar a possibilidade de se obrar bem e obrar mal, com boa ou com má-fé. Trogó (2011, p. 55) nos apresenta uma precisa enunciação da hipótese:

A má-fé exsurge da modalidade de um ser que se nutre do dinamismo de duas instâncias que se interagem: o espontâneo e o reflexivo. Estes são os dois modos de ser do homem e a má-fé se instala aí nesta passagem de uma instância (espontaneidade) à outra (reflexividade). O que acontece lá, na espontaneidade, não é registrado tudo cá, na reflexividade. Este real lá do espontâneo, irrecuperável cá no reflexivo, tem dois tipos da presença: uma, atual, vibrante, flagrante, fluente, viva, e outra, passada, mumiificada, petrificada, enquanto arquivada na reflexão.

Assim, considerando a ideia individual, íntima, de justiça que cada um traz dentro de sua consciência, ou mesmo a ideia geral, assim considerada como a soma das individualidades, seria necessário investigar se o processo individual de definição conceitual do que seria a justiça seria capitaneado pela instância reflexiva ou espontânea. E, se esse processo interno variasse entre os viventes, uns espontaneamente e outros reflexivamente, onde encontrar o meio-termo aristotélico? A busca da resposta para esta indagação transborda completamente o âmbito de segurança deste trabalho e, portanto, a enunciação do questionamento fica como um parêntese inconcluso.

Fechando o parêntese, antes que a hipótese ganhe vida, nos absorva e consuma, e buscando alcançar a genialidade aristotélica, verifica-se que em EN a justiça é matemática, aritmética. Ainda que se considere que a razão prática é o resultado da produção do humano, não se pode perder de vista que ela será fruto da exceléncia técnica (*Τέχνη*), adquirida pela práxis (*πράξις*), mediante a observação de um adequado método (*μέθοδος*) e preordenada para algo bom (*άγαθοῦ τίνος*).

Além disso, a justiça em EN poderia ser dividida em distributiva, que seria o meio-termo diante de uma igualdade de razões (EN V, 1131b, 10-15); a corretiva, que seria o meio-termo entre perda e ganho (EN V, 1132a, 15); e a política, subdividida em natural e legal, sendo a primeira com força em todos os lugares sem exceção, e a segunda a regra editada pelo legislador (EN V, 1134b, 15-25) (ARISTÓTELES, 2002, p. 109-117).

Digno de nota que o conceito de reciprocidade, tal como é comumente entendido, não se adequaria nem à definição de justiça distributiva nem à de justiça corretiva, na medida em que care-

ceria de um adequado critério de proporcionalidade (EN V, 1132b, 25 e 1136a, 1-5). Aristóteles já vislumbrava que para a efetivação da justiça, nem sempre seria apenas necessário recompor uma situação fática ou mesmo devolver o que fora eventualmente subtraído. Que fique expresso, portanto, que o filósofo já considerava a necessária observância a um critério de proporcionalidade muito antes das teorias jurídicas, o que também evidencia a sua genialidade (ARISTÓTELES, 2002, p. 112-120).

Aristóteles passa, então, a pensar sobre a medida da participação da outra parte de uma relação conflituosa quanto ao ato justo ou injusto. A questão se esgotaria na conduta do agente, ou seja, a qualificação de justo ou injusto de determinado ato dependeria exclusivamente do interesse do autor da ação? A resposta não tarda, no sentido de se reconhecer que tanto na ação quanto na passividade seria possível participar, accidentalmente, da justiça ou da injustiça, sendo que a contribuição na passividade estaria relacionada à conduta do homem incontinente (EN V, 1136a, 10) (ARISTÓTELES, 2002, p. 121). A pessoa justa, portanto, não se identifica na passividade, mas sim na ação.

Partindo da admissão do concurso da parte passiva, surge a pergunta se a injustiça seria de quem a praticou ou de quem voluntariamente a teria recebido e, abrindo ainda mais a indagação, se seria possível um homem agir injustamente em relação a si mesmo. A resposta é imediata, no sentido de reconhecer que quem age injustamente é quem pratica o ato e, por conclusão lógica, este agente teria praticado contra si um ato injusto (EN V, 1136b, 15) (ARISTÓTELES, 2002, p. 122).

Para um melhor entendimento da inteligência grega, vale retroceder um pouco no EN, a fim de se identificar o esclarecimento de que a virtude não é só uma disposição, mas sim uma disposição que torna o homem bom e o compõe a desempenhar bem a sua função (EN II, 1106a, 15-20) (ARISTÓTELES, 2002, p. 47-122). Assim, como a liberalidade é um meio-termo entre dar e obter riquezas, quem der mais do que o devido agirá injustamente (EN IV, 1120b, 25-30) (ARISTÓTELES, 2002, p. 47-122).

Aprofundando o conceito de meio-termo, Aristóteles afirma que este deve prevalecer sobre o excesso e sobre a falta e ser determinado pelos ditames da reta razão (EN VI, 1138b, 15-20) (ARISTÓTELES, 2002, p. 128).

Para identificar esta reta razão, é necessário investigar as disposições da alma, as dividindo em virtudes do caráter e do intelecto (EN VI, 1138b, 30) (ARISTÓTELES. 2002, p. 128).

A alma é dividida em duas partes: a racional e a desprovida de razão. A racional pode ser dividida em contemplação às coisas in-

variáveis e contemplação às coisas variáveis (EN VI, 1139a, 5) (ARISTÓTELES, 2002, p. 128).

Considerando a virtude como o funcionamento adequado de algo, a alma teria três elementos que controlariam a ação e a verdade, ou seja, a sensação, a razão e o desejo (EN VI, 1139a, 15) (ARISTÓTELES, 2002, p. 129). A sensação não demanda reflexão, estando presente, inclusive, nos animais. Raciocínio e desejo devem ser verdadeiros e retos, respectivamente, devendo o segundo buscar o que o primeiro determina, culminando com o alcance do equilíbrio entre intelecto e caráter (EN VI, 1139a, 20-30) (ARISTÓTELES, 2002, p. 129).

Além disso, também há uma diferenciação entre os tipos de virtude e sobre esta formulação vale trazer a lume a interpretação de Zingano (2009, p. 80):

Do ponto de vista que contempla todos os tipos de virtude, a distinção será tripartite: as virtudes podem ser ou naturais, ou adquiridas pelo hábito ou, ainda, obtidas mediante o uso da razão. Do ponto de vista restrito, porém, a virtude é moral, há dois modos somente. O primeiro consiste na virtude moral adquirida pelo hábito; o segundo consiste na virtude moral (adquirida pelo hábito) acompanhada de razão.

E nos parece ser este o tipo de virtude que tem relação com a justiça na ética nicomaqueia, na medida em que a completude da justiça só seria alcançada pelo concurso das virtudes morais enunciadas por Aristóteles, que poderiam ou não ser adquiridas pelo hábito, qualificadas pelo concurso da razão. Nessa mesma linha, Zingano (2009, p. 80-81) conclui:

as virtudes morais não são nem naturais nem contra a natureza; nós temos, isto sim, por natureza ( $\Phiύση$ ) a capacidade de recebê-las, e esta capacidade é aperfeiçoada pelo hábito. Em vista desta capacidade [...] Aristóteles chamou de natural tal tipo de virtude, mas não se deve esquecer que se trata de uma virtude moral natural,  $\alphaρέτη<\etaθική>\eta\muσική$ , obtida pelo hábito. Talvez tenha sido para evitar este mal-entendido que Aristóteles tomou a precaução de, numa passagem, lembrar que a virtude natural em questão é uma virtude adquirida pelo hábito,  $\eta\mu\sigmaι\tauή \eta\theta\muσική \eta\epsilon\thetaιστή$ .

Prosseguindo no raciocínio, teremos cinco disposições em virtude das quais a alma possuirá a verdade, seja afirmando, seja negando: a arte, o conhecimento científico, a sabedoria prática, a sabedoria filosófica e a razão intuitiva (EN VI, 1139b, 15) (ARISTÓTELES, 2002, p. 130).

O conhecimento científico é um estado que nos torna capazes de demonstrar algo (EN VI, 1139b, 30) (ARISTÓTELES, 2002, p. 131). A arte é uma disposição relacionada com produzir, que envolve o reto raciocínio (EN VI, 1140a, 20) (ARISTÓTELES, 2002, p. 132). A sabedoria prática é a capacidade verdadeira e raciocinada de agir no que diz respeito às ações relacionadas com os bens humanos (EN VI, 1140b, 20) (ARISTÓTELES, 2002, p. 133). A sabedoria filosófica busca a demonstração de determinadas coisas (EN VI, 1141a) (ARISTÓTELES, 2002, p. 133), é um conhecimento científico combinado com a razão intuitiva daquelas coisas que são as mais elevadas da natureza (EN VI, 1141b) (ARISTÓTELES, 2002, p. 133). A razão intuitiva é a que apreende os primeiros princípios (EN VI, 1141a, 5) (ARISTÓTELES, 2002, p. 134).

A conclusão, neste particular, é que a reta razão é o que está de acordo com a sabedoria prática (EN VI, 1144b, 20) (ARISTÓTELES, 2002, p. 144). O direito, por sua vez, nasce, se desenvolve e vive da razão prática, dessa operacionalidade do ser humano.

Pensando sobre a influência da razão prática sobre o direito, em contraponto ao imperativo categórico kantiano<sup>2</sup>, é possível vislumbrar, em princípio, uma similitude no raciocínio dos filósofos, na medida em que a razão prática é consequência do agir. Aprofundando-se um pouco mais sobre o pensador alemão, entretanto, e considerando a felicidade como o fim último em Aristóteles, a semelhança tende a diminuir. Kant parece reconhecer que não seria possível a razão prática determinar um sólido critério para a satisfação do princípio da felicidade, na medida em que a razão prática tem por base o acúmulo da experiência, da perícia humana e, como tal, estaria sujeita à opinião de cada um. Por isso, a razão prática poderia ser relevante até mesmo para a fixação de uma regra que pudesse ser geral, mas jamais universal:

O princípio da felicidade, embora possa fornecer máximas, não pode jamais fornecer aquelas que serviriam de leis da vontade, mesmo se tomássemos como objeto a felicidade *universal*. Porque o conhecimento desse princípio se funda em meros dados empíricos, e não obstante todo juízo acerca dele depender, em grande parte, da opinião de cada um, o que resulta ser extremamente variável, pode certamente facultar regras *gerais*, mas não *universais*, isto é, pode apresentar regras que, em média, são, no mais das vezes, exatas, mas não regras que sempre e necessariamente devam ser válidas; portanto, não se deve assentar sobre tal princípio *lei* prática alguma (KANT, 2008, p. 40-46).

<sup>2</sup> Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal.

Neste excerto, fica claro que Kant também não fechou os olhos para a realidade do mundo prático, uma espécie de colcha de retalhos, cujos pedaços de pano que a compõem são as opiniões particulares sobre o que seriam regras válidas, todas ávidas a se sobrepor em umas às outras e emergirem como regras gerais.

De forma análoga, estando esta analogia circunscrita ao reconhecimento da miríade de classificações pessoais sobre os conceitos reguladores, *in casu* especialmente a justiça, a moral e o direito, observamos em Heidegger (2011, p. 110-112) uma proximidade de entendimento quando diz:

“mundanidade” é um conceito ontológico e significa a estrutura de um momento constitutivo de ser-no-mundo. Este, nós o conhecemos como uma determinação existencial da presença. Assim, a mundanidade já é em si mesma um existencial. Quando investigamos ontologicamente o “mundo”, não abandonamos, de forma nenhuma, o campo temático da analítica da presença. Do ponto de vista ontológico, “mundo” não é determinação de um ente que a presença em sua essência não é [...] mundo designa, por fim, o conceito existencial-ontológico da mundanidade. A própria mundanidade pode modificar-se e transformar-se, cada vez, no conjunto de estruturas de “mundos” particulares, embora inclua em si o a priori da mundanidade em geral.

Nessa passagem fica claro que para Heidegger o mundo é um conjunto de individualidades e que, aqui um pouco mais enfático que Kant, somente *em princípio* pode ser considerado como geral.

Já Habermas (2010), evoluindo (ou contestando) o pensamento kantiano aqui já descrito, bem como escudado em sua filosofia da linguagem e já preparando (intuitivamente) o terreno sobre o qual Alexy (2011) elaboraria sua teoria da argumentação jurídica, busca a obtenção de critérios precisos para a distinção entre princípio de democracia e princípio moral:

parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática da autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral (HABERMAS, 2010, p. 145).

Sobre o aspecto negativo da moral, Aristóteles identifica três espécies de disposições morais que devem ser evitadas: o vício, a incontinência e a bestialidade. Os contrários serão a virtude e a continência. Já à bestialidade, o mais adequado seria opor uma virtude sobre-humana (EN VII, 1145a, 15-20) (ARISTÓTELES, 2002, p. 145).

Denota-se, sem muito esforço, que Aristóteles já externava sua preocupação com as disposições morais e sua relação com a justiça. Tal preocupação se acirraria durante os séculos vindouros, especialmente quanto a saber se a moral integra ou não o conceito de direito.

E saber se a moral integra ou não o conceito de direito terá influência direta no que virá a ser definido – pela razão prática momentânea – como justiça.

Basta um breve passar de olhos à dicotomia entre juspositivismo e jusnaturalismo para que se tenha uma noção do alcance e das consequências de se entender desta ou daquela maneira.

Contemporaneamente, a solução parece estar apontada para a existência de uma teoria integrativa, como a proposta de Alexy (2011) antes referenciada, cuja investigação transborda ao objeto deste estudo.

## **Conclusão**

Neste ponto do trabalho, parece que toda a evolução da ciência humana nessa seara, seja no campo filosófico, seja no puramente jurídico, edifica sua intelectualidade calcada nas sólidas fundações estabelecidas pelos antigos filósofos gregos, especialmente por Aristóteles e sua ética nicomaqueia.

Em que pese a existência desta raiz comum, entretanto, não significa que os filósofos concordem integralmente com todas as proposições de razão prática.

No curso da pesquisa, ficou evidenciado que a influência do elemento humano na busca da justiça somente é determinante no âmbito da percepção pessoal do que seria a justiça. Jamais poderá valer como regra universal, ainda que expressão de um pensamento comum, geral. Em outras palavras, a ideia de justiça que cada um nutre em seu íntimo só vale para si, ainda que seja um sentimento aparentemente comum na comunidade na qual a pessoa estiver inserida.

Segundo Aristóteles, a justiça seria a virtude mais relevante dentre aquelas identificadas nos seres humanos e a sua obtenção dependeria, inexoravelmente, do agir. A passividade, como vista, revelaria uma disposição de caráter de menor relevância ainda que revestida de justiça.

A busca da justiça, portanto, seja no âmbito filosófico, seja no âmbito jurídico, deve ser encarada como antecedente lógico para que se consiga saciar a ânsia do espírito humano por sua efetivação.

Neste caminhar, será inafastável abordar a relação entre o direito e a moral e mesmo questionar a legitimidade para a definição da justiça.

E se nos desola ainda não havermos encontrado solução definitiva para a efetivação da justiça, nos confortam os ensinamentos de Aristóteles, na medida em que podemos confiar que o concurso da técnica (*Tέχνη*), que é o combustível da razão prática, sendo edificada dia a dia com mira na perfeição, nos conduzirá inexoravelmente a algo bom (*ἀγαθοῦ τινός*), sempre tendo por norte o bem supremo, a felicidade (*εὐδαιμονία*).

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

CAEIRO, Antonio de Castro. **A areté como possibilidade extrema do humano.** Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Vozes, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

PLATÃO. **A república.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981.

TROGO, Sebastião. **O impasse da má-fé na moral de J.-P. Sartre.** Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 2011.

VAZ, Henrique Claudio de Lima. **Es-critos de filosofia II. Ética e cultura.** São Paulo: Edições Loyola, 2004.

ZINGANO, Marco Antonio de Avila. **Estudos de ética antiga.** São Paulo: Paulus, 2009.

# **A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho: por que o direito internacional pode colaborar com o direito interno brasileiro?**

**Anelise Ribeiro Pletsch**

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul  
Mestre em Direito e professora de direito internacional e direitos humanos na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS*

## **RESUMO**

Embora a produção normativa da Organização Internacional do Trabalho exista desde sua criação, em 1919, o ordenamento jurídico nacional ainda resiste a adotar as Convenções e Recomendações do Trabalho como legítimos instrumentos de proteção ao trabalhador. Especialmente no que tange à Convenção 158 da OIT, objeto de denúncia unilateral por parte do Poder Executivo brasileiro, a questão é ainda mais delicada, tendo em vista que, após efetivamente ter sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, foi excluída da ordem jurídica interna de uma forma bastante questionada sob o ponto de vista do direito internacional.

Palavras-chave: Convenções e Recomendações. Organização Internacional do Trabalho. Brasil. Convenção 158.

## **Resumen**

Aunque la producción normativa de la Organización Internacional del Trabajo exista desde su creación, en 1919, el ordenamiento jurídico brasileño todavía resiste a adoptar los Convenios y Recomendaciones del Trabajo como herramientas legítimas de protección al trabajador. En especial a lo que se refiere el Convenio 158 de la OIT, objeto de denuncia unilateral por parte del Poder Ejecutivo brasileño, la cuestión es todavía más delicada, puesto que, después de haber sido efectivamente incorporada al ordenamiento jurídico brasileño, la misma fue excluida de la orden jurídica interna de forma bastante controvertida desde el punto de vista del derecho internacional.

Palabras-clave: Convenios y Recomendaciones. Organización Internacional del Trabajo. Brasil. Convenio 158.

## Introdução

Os autores costumam referir, nos estudos sobre direito internacional dos direitos humanos, que a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao lado do Direito Internacional Humanitário e da criação da Liga das Nações, contribuiu em definitivo para a difusão do tema no plano internacional, em uma época em que o modo com que os indivíduos eram tratados competia unicamente ao domínio reservado estatal. Ainda hoje, a entidade busca a promoção da justiça social e do reconhecimento internacional dos direitos humanos e trabalhistas, formulando, para tanto, normas internacionais do trabalho.

Em que pese a intensa produção normativa da Organização e seu significado para o direito internacional, pode-se afirmar que, no Brasil, os operadores do direito ainda resistem à utilização dos referidos instrumentos, confirmando existir um espaço pouco explorado, mas extremamente fértil, para o manejo de tal arcabouço normativo, especialmente nas demandas laborais.

Nesse contexto, insere-se também a controvérsia existente em torno da Convenção 158 da OIT, com sua vedação à despedida imotivada do trabalhador, porquanto, pouco menos de um ano após ter sido validamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, foi denunciada por ato do Poder Executivo, configurando, para muitos, um verdadeiro retrocesso na proteção ao direito dos trabalhadores.

Em face das repercussões internacionais e nacionais que o tema suscita, ele merece ser visitado, o que se passa a fazer no presente momento.

### 1 As Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho em face do direito internacional

As Convenções e Recomendações do Trabalho, ou normas internacionais do trabalho, são, em essência, uma tentativa bem-sucedida da OIT de padronizar o tratamento dado pelos Estados à proteção do trabalho e do trabalhador mediante adoção de instrumentos jurídicos vinculantes ou de orientação no plano internacional.

Materialmente, não há distinção entre elas e os demais tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, já que todos são instrumentos aptos a tutelar o trabalho e o trabalhador, assim como temas correlatos. A diferença reside no aspecto formal, sendo justamente essa característica que define os efeitos jurídicos de cada um dos instrumentos (MAZZUOLI, 2008, p. 898).

As Convenções constituem tratados multilaterais abertos à ratificação dos Estados membros da Organização Internacional do Trabalho, sendo que esse ato confere eficácia e aplicabilidade às respectivas ordens jurídicas internas estatais, porquanto é a forma pela qual um Estado manifesta seu consentimento em obrigar-se pelo texto de um tratado. As Recomendações, por seu turno, não são tratados internacionais no sentido estrito do termo e destinam-se a sugerir normas que podem ser adotadas pelo legislador de cada país, através de qualquer das fontes autônomas do Direito do Trabalho. Tem-se, assim, que as Convenções, uma vez ratificadas, são de observância obrigatória por parte dos Estados, ao passo que as Recomendações constituem, como, aliás, o próprio nome sugere, apenas um convite ao Estado para que adote certas medidas ou princípios através de sua legislação interna (SÜSSEKIND, 2000, p. 182).

Logo, pode-se observar que a Convenção cria, de fato, uma obrigação jurídica internacional para o Estado que a aceita. Afirma-se que a Recomendação surge, em geral, para antecipar futuras Convenções, já que, no momento, estas ainda não são possíveis ou oportunas (CAMPOS, 1999, p. 408). Contudo, embora a Recomendação seja desprovida de natureza obrigatória, ela traz aos Estados algumas condutas inafastáveis, como, por exemplo, a obrigação de submeter seu texto, no prazo de um ano, ou mais tardar 18 meses, às autoridades nacionais competentes, para o fim de avaliar a possibilidade de adoção de eventuais medidas internas de aplicação da recomendação ou, ainda, relatar periodicamente ao diretor-geral da OIT, em datas determinadas, o estado da legislação nacional sobre matéria que é objeto de recomendação (CAMPOS, 1999, p. 408).

Em face das diferenças acima relatadas, a doutrina defende que a Convenção é considerada modo de uniformização do direito sociolaboral nos Estados que a ratificarem, tendo em vista que, com a ratificação, eles ficam sujeitos às disposições comuns nela constantes. Como antes mencionado, o mesmo não ocorre com a Recomendação, entendida apenas como instrumento de aproximação das legislações dos Estados que aceitem lhe dar seguimento, implementando-a mais ou menos fielmente na ordem jurídica interna (CAMPOS, 1999, p. 409).

Por outro lado, embora a Convenção da OIT seja um tratado internacional, pode-se afirmar que ela guarda algumas particularidades que a distancia do processo de formação dos acordos internacionais, já que obedece a um método bastante peculiar de elaboração e adoção.

Resumidamente, é possível dizer que, de acordo com o procedimento de formação dos tratados internacionais previsto na Con-

venção de Viena sobre Direito dos Tratados, um acordo internacional é, inicialmente, adotado por unanimidade ou dois terços dos Estados presentes e votantes em uma Conferência Internacional. Depois, o instrumento é remetido à ordem jurídica interna de cada Estado signatário para que este, normalmente por meio do seu Poder Legislativo, possa se pronunciar a respeito da compatibilidade do tratado internacional com a ordem jurídica interna e do interesse do Estado em se comprometer pelo texto do acordo antes assinado. Havendo a aprovação interna, é possível que o Estado retorne ao plano internacional e, por meio de seu Poder Executivo, comprometa-se pelo texto desse tratado através da ratificação. Assim é que apenas com a ratificação o Estado dá seu consentimento em obrigar-se pelo texto de um tratado. Depois desse ato, o tratado estará pronto para vigorar no plano internacional e irradiar efeitos.

Sabe-se que, em regra, tratados são celebrados por sujeitos de direito internacional, como Estados e Organizações Internacionais, diretamente através de seus representantes. As normas internacionais do trabalho não são adotadas pelos Estados diretamente por meio de seus representantes, como ocorre, em regra, nos tratados, mas no âmbito da própria OIT, através da Conferência Geral, órgão tripartite composto por representantes dos empregadores, dos empregados e, ainda, dos Estados-membros na mesma proporção quantitativa e com idêntico poder decisório (CAMPOS, 1999, p. 406).

Além disso, um tratado internacional assinado pelos signatários é normalmente remetido às ordens jurídicas internas para análise do Poder Legislativo, o que permitirá, mais tarde, eventual ratificação do instrumento pelo Poder Executivo no plano internacional. Contudo, para os tratados internacionais não há, em regra, prazo para referida submissão a seus ordenamentos jurídicos, da mesma forma que não há sequer obrigatoriedade de submissão do instrumento ou, ainda, necessidade de posterior ratificação pelo simples fato de ter ocorrido a assinatura do acordo no plano internacional.

Em se tratando de uma Convenção da OIT, por força do artigo 19, parágrafo 5º da Constituição da Organização, as autoridades governamentais estão obrigadas a submetê-la à aprovação do órgão nacional competente depois que ela for adotada no plano internacional, o que deve ocorrer em um prazo de 12 a 18 meses. No caso brasileiro, considera-se que essa autoridade seja o Poder Legislativo, já que, de acordo com o artigo 49, inciso I da CF/88, a ele cabe decidir definitivamente a respeito de acordos internacionais assinados pelo Brasil.

Outra questão interessante é que, em regra, a ratificação do texto de um tratado não é uma obrigação estatal. A doutrina considera que se trata de um ato discricionário de direito internacional. Contudo, em se tratando de Convenção Internacional do Trabalho, a "não ratificação" traz para o Estado a obrigação de relatar à OIT as dificuldades que determinaram o atraso ou impediram a ratificação da Convenção, bem como o estágio da legislação e a prática nacional relativamente à matéria que é objeto da Convenção. Embora existam vozes dissonantes na doutrina, entendendo, como Mazzuoli (2011, p. 1030), que a ratificação de uma Convenção da OIT é obrigatória ao Estado se obtida a aprovação da "autoridade competente", por força do disposto no artigo 19, §5º, alínea b da Constituição da OIT, pode-se afirmar que, para os demais, a adoção de uma Convenção Internacional do Trabalho pela Conferência Geral não implica obrigação de resultado (traduzida na ratificação) para os Estados, mas mera obrigação de comportamento (CAMPOS, 1999, p. 407).

Por outro lado, havendo a ratificação, a Convenção Internacional do Trabalho obriga o Estado no plano internacional e, também, permite que o instrumento seja levado às ordens internas para eventual publicação e promulgação.

Por fim, em se tratando de normas internacionais do trabalho, resta mencionar que um Estado, apesar de ratificar uma Convenção, não está obrigado a se manter vinculado a ela, podendo efetuar a denúncia de seu texto. Para os instrumentos adotados a partir de 1928, que são a maioria, a denúncia pode ocorrer dentro de um intervalo (normalmente um ano), a contar de uma sucessão de expiração de períodos (geralmente dez anos), contados a partir da data em que a Convenção original entrou em vigor (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1993, p. 41).

Considerando as distinções essenciais acima relatadas, é possível concluir que as Convenções Internacionais do Trabalho guardam maior interesse de estudo, já que, por suas características, podem influenciar a ordem jurídica interna, como se passa a analisar.

## **2 As Convenções Internacionais do Trabalho e o direito brasileiro**

No Brasil, em que pese o número significativo de Constituições promulgadas desde o Império, a disciplina das relações entre direito interno e direito internacional permanece praticamente a mesma desde a primeira Constituição da República (FRAGA, 2006, p. 48).

Com efeito, a Constituição de 1891 estabelecia, no artigo 48, a competência privativa do Presidente da República para negociar e celebrar ajustes, convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional, reconhecendo, ainda, no artigo 34, a competência exclusiva deste para resolver definitivamente sobre tratados e convenções com nações estrangeiras. Mais tarde, as Constituições de 1934, 1946 e 1967, com a redação da EC nº 1/69, reproduziram praticamente o mesmo dispositivo (MEDEIROS, 1995, p. 286-289). Hoje, os artigos 84, inciso VIII, e 49, inciso I, da Constituição Federal estabelecem a mesma disciplina das Cartas anteriores, atribuindo ao Presidente da República competência privativa para "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional" e, a este, a competência exclusiva para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece, constitucionalmente, um mecanismo de recepção das normas internacionais que, aliado à prática brasileira desde antes da República (RESEK, 1984, p. 385), tem a seguinte formatação<sup>1</sup>: os compromissos negociados e adotados pelo Poder Executivo no plano externo serão submetidos à aprovação do Poder Legislativo internamente, quando, então, poderão ser ratificados por aquele novamente no plano internacional. Contudo, para ser válido e eficaz no âmbito interno, o acordo deve, ainda, ser promulgado por Decreto do Poder Executivo, após a ratificação ocorrida no plano internacional (FRAGA, 2006, p. 61-63).

A participação do Congresso Nacional na aprovação do tratado é necessária para que o ato internacional reste concluído ao mesmo tempo em que reflete a aquiescência à matéria versada no acordo. A intervenção do Legislativo se justifica pela função fiscalizadora que exerce sobre atos do Poder Executivo, que é o competente para negociar acordos e assiná-los no plano internacional. No entanto, tal intervenção não é capaz de gerar uma norma de obediência interna. Trata-se apenas de uma etapa no processo de formação do ato internacional. A manifestação do Congresso Nacional, se favorável, permitirá ao Poder Executivo a ratificação do instrumento, obrigando o Brasil no plano externo, da mesma forma que a rejeição impedirá a formalização do compromisso internacional. Ademais, embora siga quase o mesmo processo destinado a gerar a lei, o decreto legislativo que aprova o tratado não

<sup>1</sup> Alerta-se o leitor para o fato de que a abordagem, aqui, é a da regra geral, sem ingressar na discussão a respeito dos tratados executivos, cujo objeto foge ao intuito do presente trabalho.

pode ser a ela equiparado. Enquanto a lei em sentido estrito requer a participação de ambos os poderes, o decreto legislativo se distingue pela matéria e por não poder ser sancionado ou vetado (FRAGA, 2006, p. 56-59).

Como se viu, após a aprovação pelo Poder Legislativo, se ratificado, o tratado entra em vigor na ordem internacional na data nele estipulada. Para vigorar no Brasil, contudo, é necessário que seja promulgado pelo chefe do Executivo por meio de decreto. É, pois, o decreto de promulgação que atesta a existência de uma norma jurídica. Por meio dele, o Executivo declara que foram exigidas as formalidades para que o ato se completasse. Não transforma o direito internacional em direito interno, apenas noticia a existência de um tratado válido no âmbito interno. A publicação, por sua vez, é necessária para dar conhecimento a todos do decreto de promulgação. É a partir dela que o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais (FRAGA, 2006, p. 68-69; RESEK, 1984, p. 383).

Acrescenta, ainda, Mazzuoli (2001, p. 179) que "a promulgação e a publicação no sistema brasileiro compõem a fase integratória da eficácia da lei, vez que atestam sua adoção pelo Poder Legislativo, certificam a existência de seu texto, e afirmam, finalmente, seu valor imperativo e executório".

Tal construção é amplamente defendida pela doutrina, empregada na prática e encontra respaldo nos Tribunais. No que tange ao Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Carta de 1988, sua posição consolidou-se no sentido da necessidade de promulgação do tratado para ganhar força executória na ordem interna (FRAGA, 2006, p. 70-71).

Em importante precedente, já sob a égide da Constituição atual, o Supremo Tribunal Federal, instado a analisar caso concreto em que tratado não contava com promulgação por meio de Decreto Executivo, assim manifestou-se no voto condutor:

A questão da execitoriedade dos tratados internacionais no âmbito do direito interno - [...] - supõe a prévia incorporação desses atos de direito internacional público ao plano da ordem normativa doméstica. Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo no plano do direito internacional público tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU ("Droit International Public Aproffondi", p. 3/16, 1958, Daloz, Paris") como mera "*discussion d'école*", torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloquente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imedia-

tas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.

[...]

o sistema constitucional brasileiro - que não exige a incorporação de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) - satisfaz-se, para efeito de execuторiedade doméstica - dos tratados internacionais, com a adoção de *iter procedimental* que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada) (BRASIL, 2000).

Tem-se, assim, a exigência, pela ordem interna brasileira, de que os compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional passem por um procedimento formal de incorporação, a fim de que possam irradiar efeitos na ordem jurídica interna. Resta evidente, portanto, a opção do legislador brasileiro pelo dualismo moderado desde os primeiros anos da República.

As Convenções da OIT obedecem ao *iter procedimental* ora relatado, guardadas as particularidades analisadas no item anterior.

Outra discussão relacionada ao tema é apurar a força normativa com que ingressa a norma internacional do trabalho no plano interno, permitindo ao operador do direito solver questões como a de definir se o compromisso firmado pelo Brasil no plano internacional pode sobrepor-se à Constituição da República ou à lei ordinária preexistente ao ato de incorporação.

Especialmente após o advento da Emenda Constitucional 45/2004 e da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 466.343, a questão não suscita maiores discussões. Como as Convenções da OIT têm inequívoco caráter protetivo do trabalhador, não há dúvida de que são tratados internacionais de direitos humanos, motivo pelo qual se forem aprovadas nas duas Casas do Congresso Nacional em dois turnos por três quintos dos congressistas terão força normativa de Emenda Constitucional, segundo comando do artigo 5º, §3º da CR/88. Por outro lado, se não obtido o quórum referido, ou em se tratando de instrumento que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro antes da entrada em vigor da mencionada emenda, terão status normativo supralegal, tendo como consequência a inaplicabilidade da legislação infraconstitucional com elas eventualmente conflitante, seja em momento anterior ou posterior à ratificação.

Infelizmente, nenhuma Convenção da OIT foi aprovada com o referido quórum, tendo em vista que todos os instrumentos dessa natureza foram incorporados ao direito brasileiro em data ante-

rior à vigência da Emenda Constitucional 45, que definiu a redação do parágrafo 3º do artigo 5º da CR. De qualquer sorte, pode-se afirmar que as Convenções da OIT possuem status normativo suprallegal, o que lhes confere lugar de destaque no ordenamento jurídico pátrio.

### **3 A Convenção 158 da OIT e sua importância para a ordem jurídica internacional e interna**

A Convenção 158 decorre de um movimento internacional que se iniciou muito antes de sua aprovação pela OIT. O primeiro informe preparatório da primeira discussão da Conferência Internacional do Trabalho a respeito do término do trabalho por iniciativa do empregador, em 1981, noticiava que, naquele momento, grande número de países na Europa Ocidental (Alemanha, Áustria, Reino Unido etc.) e na América (Canadá, México, Venezuela etc.) tinha, em suas legislações internas, dispositivos que exigiam explicitamente a justificação da despedida. A maior parte dessa legislação foi adotada depois da Recomendação 119 da OIT, segundo a qual

não deveria proceder-se à terminação da relação de trabalho ao menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou a conduta do trabalhador ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço (GRECO, 1992, p. 317).

Assim é que, depois de algumas iniciativas no plano internacional e interno, a OIT adotou a Convenção 158 e a Recomendação 166, que substituiu a Recomendação 119, atinentes à terminação da relação do trabalho por iniciativa do empregador, propondo aos Estados-membros a adoção de normas de proteção contra a despedida imotivada, nos moldes existentes nos países europeus. Para Greco (1992, p. 318):

a votação desses instrumentos internacionais foi a última expressão da estratégia do sindicalismo operário de tentar obter avanços sociais pela via das normas internacionais do trabalho. A proteção contra a despedida arbitrária foi então imposta aos países do terceiro mundo, com a complacência do próprio Grupo dos Empregadores, como um símbolo da humanização das relações de trabalho e da solidariedade que deve reger o relacionamento entre patrões e empregados. Em anos subsequentes, a Conferência da OIT, tentando equacionar os aspectos sociais da industrialização e da Política de Emprego, não conseguiu formular mais que tímidas resoluções, mais propagandísticas do que eficazes.

Assim é que, entre as principais disposições previstas na Convenção 158 da OIT, e também controvertidas, está a prevista no artigo a seguir transcreto:

Art. 4. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

A Convenção 158 foi aprovada na 68<sup>a</sup> reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1982 e entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985. Contudo, o Brasil apenas obteve aprovação do Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 68, em 16 de setembro de 1992. Isso lhe possibilitou ratificar o instrumento em 5 de janeiro de 1995 e, posteriormente, incorporar o texto do tratado ao ordenamento jurídico nacional em 10 de abril de 1996, pelo Decreto nº 1.855. Ocorre que, em dezembro do mesmo ano, por Nota do Governo Brasileiro à OIT, registrada em 20 de novembro de 1996 na referida Organização, o Presidente da República, em ato isolado do Poder Executivo, denunciou a norma internacional promulgada alguns meses antes, sem mesmo consultar o Congresso Nacional, tendo, posteriormente, promulgado o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, anunciando que, a partir de 20 de novembro de 1997, a referida Convenção deixaria de vigorar no Brasil.

Inicialmente, é importante atentar para o fato de que a Convenção 158 ingressou regularmente no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto ao ponto, não há qualquer insurgência. Contudo, ao denunciar o referido instrumento unilateralmente, sem consultar o Congresso Nacional, o Poder Executivo inaugurou uma longa discussão a respeito do tema, com repercussões imediatas nas relações de emprego.

Para muitos, o referido instrumento não poderia ter sido denunciado sem a concordância do Congresso Nacional. Como isso ocorreu, a denúncia à Convenção 158 seria irregular. O principal argumento nesse sentido reside justamente nas regras existentes na ordem jurídica pátria, inclusive em sede constitucional, para a incorporação dos tratados.

Com efeito, se o direito brasileiro exige a convergência de vontades entre os Poderes Executivo e Legislativo para que o Brasil se comprometa definitivamente com um tratado no plano internacional, igual raciocínio deveria ser feito quando o país deseja se retirar formalmente de um compromisso internacional assumido, por meio da denúncia. Essa parece ser a ótica mais adequada para

análise da questão. Contudo, a conclusão não é tão óbvia, especialmente se se considerar que a Constituição da República é pouco clara a esse respeito. Os artigos 49, inciso I, e artigo 84, inciso VIII, da CR apenas mencionam as expressões "celebrar" e "resolver definitivamente", silenciando quanto aos termos "retirar-se" de um tratado ou "denunciar" o seu texto.

Apesar disso, alguns autores, como Chohfi (2008, p. 3900), entendem que, sob o ponto de vista formal, a invalidade do Decreto nº 2.100 reside no fato de que a incorporação da Convenção no nosso ordenamento jurídico representa ato complexo, submetido a dois Poderes da República Federativa. Se para o ingresso dela no mundo jurídico fizeram-se necessários tanto a aprovação do chefe do Poder Executivo quanto regular processo legislativo junto ao Congresso Nacional, da mesma forma, para extirpá-la do ordenamento, seria necessário o mesmo caminho.

Portanto, haveria clara inconstitucionalidade formal no Decreto que declarou a revogação da Convenção ora em exame. Não haveria razões para que o tratamento para se comprometer por um texto de um tratado seria diverso daquele para anunciar o desejo de não mais se submeter a ele. Também não se pode olvidar que o artigo 49, inciso I, é claro ao determinar que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados e convenções que serão obrigatórios ao Brasil.

Exponentes do direito internacional pátrio entendem, de fato, que a denúncia para ocorrer deve ser precedida do aval do Congresso Nacional. Não há qualquer dúvida de que compete ao Presidente da República/Poder Executivo atuar no plano internacional. A grande questão que ora se impõe é que, para atuar externamente, o Presidente da República deveria ter a aprovação do Congresso Nacional (MAZZUOLI, 2011, p. 309).

Existem, ainda, outros argumentos que detectam vícios da denúncia operada por ato unilateral do Poder Executivo. Defende-se que o artigo 84 da Constituição Federal, quando dispõe sobre a competência privativa do Presidente da República, autoriza-o a dispor, mediante decreto, apenas sobre "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (inciso VI, alíneas "a" e "b") ou expedir decretos para sancionar, promulgar, fazer publicar leis e seus regulamentos (inciso IV, do mesmo artigo). Tanto é assim que, em regra, todo o Decreto inicia-se mencionando os incisos acima referidos, o que não ocorreu no Decreto nº 2.100/96 (SOUTO MAIOR, 2004). Logo, referido ato não teria o condão de revogar um tratado já incorporado ao ordenamento pátrio.

Sob o ponto de vista formal, também se alega que a denúncia à Convenção 158 não tem qualquer eficácia jurídica, já que referido instrumento ingressou no ordenamento pátrio como uma norma efetivamente jurídica (CHOHFI, 2008, p. 3897). Assim é que, segundo determina o artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Decreto não poderia ter revogado a Convenção, em face de sua força normativa. Com efeito, à época, os tratados gozavam de status de lei ordinária, o que impediria sua revogação por Decreto. Hodiernamente, ainda com mais razão o Decreto não poderia retirar do ordenamento jurídico brasileiro a Convenção 158, já que, de acordo com a atual posição do STF, o instrumento teria força normativa supralegal.

O mais interessante é que a própria OIT adota, por meio de seu *Manual de Procedimentos em Matéria de Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho*, alguns princípios para que o Estado realize a denúncia. Entre eles está a orientação de que o governo realize "longas consultas" com as organizações representativas de trabalhadores e empregadores acerca dos problemas levantados e do que pode ser feito para resolvê-los. Contudo, não há notícia de que a denúncia efetuada pelo Poder Executivo brasileiro em 1996 tenha sido precedida de amplo debate social.

Há ainda os autores que entendem ter sido a denúncia efetuada em desacordo com o critério temporal estabelecido pela própria OIT. A regra, para alguns, seria a de que o prazo de dez anos para denunciar uma Convenção perante a Organização é contado a partir "de cada ratificação", e não do prazo de vigência internacional da Convenção original. Por esse raciocínio, como a denúncia produziu efeitos internos apenas com a publicação do Decreto nº 2.100 em 23 de novembro, a Convenção só poderia ter sido denunciada até 22 de novembro de 1996, vez que o instrumento entrou em vigor no âmbito internacional em 23 de novembro de 1985, após efetivadas duas ratificações junto à OIT, conforme previsto no artigo 15, parágrafo 2º da Convenção. Assim, mesmo considerando-se o prazo dos 12 meses subsequentes ao decênio de vigência no plano internacional, a denúncia somente poderia ser efetivada pelo Brasil até 22 de novembro de 1996 (SOUTO MAIOR, 2004).

Esse argumento, contudo, não parece ser o mais correto, sob o ponto de vista do direito internacional, já que, sendo as ordens jurídicas internacional e interna distintas, seria necessário distinguir-se o ato de denúncia, cujos efeitos são sentidos no plano internacional, e o ato de revogação do decreto no plano interno, cuja repercussão se dá no ordenamento jurídico pátrio. Assim, ao que tudo indica, a verificação da obediência ao prazo de dez anos

estabelecido pela Constituição da OIT não se dá pelo Decreto existente na ordem jurídica interna de cada Estado, mas unicamente pelo depósito da denúncia na Organização. Nesse aspecto, parece que o Brasil cumpriu a determinação, já que depositou o instrumento de denúncia tempestivamente em 20 de novembro de 1996.

Por outro lado, se o prazo de dez anos for contado de acordo com o comando do Manual de Procedimentos da OIT (dentro de um intervalo - normalmente um ano, a contar de uma sucessão de expiração de períodos; geralmente dez anos, contados a partir da data em que a Convenção original entrou em vigor), a denúncia foi efetuada corretamente no plano internacional (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1993, p. 41).

A par de todos os argumentos acima referidos, existem, ainda, sob o ponto de vista material, outras ponderações necessárias para o deslinde da questão. Para Piovesan (2003, p. 221), na Carta de 1988, entre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, destaca-se ineditamente o princípio da prevalência dos direitos humanos, o que significa que o país assume que tais direitos são um tema global, de legítimo interesse da comunidade internacional, e, assim, reconhece a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal, admitindo subordinar-se a regras jurídicas, cujo parâmetro obrigatório seja a prevalência dos direitos humanos.

Também não se pode ignorar o disposto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, permitindo-se defender que os tratados que versem sobre direitos humanos sejam considerados, materialmente, como normas constitucionais. Mazzuoli (2005, p. 94-95) entende que

se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil "se incluem" no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

Com base nesse entendimento, uma vez incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, como de fato ocorreu com a Convenção 158 da OIT, a norma protetiva ao trabalhador tornou-se materialmente constitucional. Portanto, dentro de uma visão de máxima efetividade dos direitos humanos e em prestígio à vedação ao retrocesso, não seria possível a denúncia do tratado no plano internacional e consequente revogação da Convenção no plano interno.

Ainda em sede constitucional, é interessante notar que, segundo o inciso II do artigo 4º da CR (localizado topograficamente no título I, dos Princípios Fundamentais, título que condiciona a interpretação da parte orgânica da Constituição), as relações internacionais do Brasil serão regidas pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Nessas condições, a defesa dos direitos humanos e dos princípios do Estado Democrático deve ocorrer na esfera externa das relações de Estado e também no plano interno, fazendo parte de um todo indissociável (PENIDO, 2004, p. 287).

Todas as questões ora levantadas tornam, de fato, insustentável a denúncia da Convenção 158 da OIT na forma como efetuada pelo Estado brasileiro. Como não poderia deixar de ser em questões dessa envergadura, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a manifestar-se a respeito.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625 contra o Decreto nº 2.100 em junho de 1997. Já houve a manifestação de alguns ministros. O relator ministro Maurício Corrêa, já aposentado, e o ministro Carlos Ayres Britto votaram pela parcial procedência, por considerarem que o decreto presidencial em questão deve ter interpretação conforme o artigo 49, inciso I da CR, de forma a condicionar a denúncia da Convenção 158 da OIT ao referendo do Congresso Nacional. Por outro lado, o ministro hoje aposentado Nelson Jobim julgou a ação improcedente, por entender que "no sistema constitucional brasileiro, a denúncia de tratado internacional é feita unilateralmente pelo presidente da República que é o órgão que representa o país na ação".

O ministro Joaquim Barbosa, após pedido de vista, entendeu que seria equivocado condicionar a denúncia à aprovação do Congresso, porquanto o Decreto impugnado não denunciaria o tratado internacional - por ser a denúncia um ato tipicamente internacional e, por isso, impassível de controle jurisdicional pelo Supremo -, mas sim tornaria pública a denúncia feita, a produzir seus efeitos em um determinado tempo. Assim, a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/96 teria como consequência a retirada da publicidade do ato da denúncia, o que levaria à não obrigatoriedade da denúncia no Brasil, apesar de plenamente válida no plano internacional, e a manutenção da vigência do Decreto que incorporou a Convenção 158 ao direito interno brasileiro. Após a referida manifestação, pediu vista a ministra Ellen Gracie, em cujo gabinete permanecem os autos mesmo após a sua aposentadoria.

Como se vê, a questão ainda não está pacificada no âmbito interno, o que não significa que não haja algumas conclusões possíveis.

#### **4 Conclusão: lições possíveis e inevitáveis para a Convenção 158 e a ordem jurídica brasileira**

Ainda que pareça inevitável concluir pela irregularidade da denúncia de acordo com o direito interno, já que se deu sem o aval do Congresso brasileiro, o ato é plenamente válido no plano internacional, porquanto o desejo de não mais fazer parte da Convenção foi expresso pelo Presidente da República perante a OIT no tempo exigido pelos instrumentos que regem a Organização. Adotando o Brasil o dualismo moderado, as ordens jurídicas interna e internacional são distintas, motivo pelo qual também os atos realizados perante cada uma delas têm consequências diversas. No plano externo, a atuação do Brasil respeitou as exigências previstas pelos instrumentos que regem a OIT. Assim, eventual declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100 pelo STF teria apenas o condão de considerar ainda em vigor a Convenção 158 na ordem jurídica brasileira.

No entanto, mesmo esse desfecho não tornará a questão menos polêmica. Defende-se que haveria o risco de, uma vez em vigor, a Convenção ser mal interpretada, determinando a reintegração dos empregados em seus antigos empregos. Também se entende que seria inevitável um engessamento das relações laborais e um estímulo à informalidade ante a obrigatoriedade de motivação para a despedida do empregado. Segundo Greco (1992, p. 319), as exigências de reconversão industrial e flexibilização do mercado de trabalho dificultaram a ratificação da Convenção 158 no mesmo momento em que os Estados interessados em estimular investimentos estrangeiros e manter satisfatórios níveis de ocupação de mão de obra pressentiram que a Convenção criaria desestímulo à criação de novos empregos e reduziria a capacidade de modernização empresarial. Por esse motivo, até janeiro de 1991, apenas três países da Europa Ocidental (França, Suécia e Espanha) e um do Continente Americano (Venezuela) haviam ratificado a Convenção.

Alega-se, ainda, que o fato de a Convenção 158 estar em vigor na ordem jurídica brasileira não seria sinônimo de sua ampla e irrestrita aplicação às relações laborais. Isso porque, segundo o artigo 7º, inciso I da CR, seria necessária a edição de lei complementar para regulação da despedida imotivada. Sendo a Convenção 158, em última análise, um tratado internacional, não poderia regulamentar matéria reservada à lei complementar. Esse entendimento já foi manifestado pelo próprio Supremo Tribunal Federal na ADI 1.480-3, julgada em 2001. À época, considerou-se que haveria impossibilidade jurídica de o tratado servir como sucedâneo

da lei complementar exigido pela CR. Também se ponderou que as disposições da Convenção 158 teriam conteúdo programático, cuja aplicabilidade dependeria da atuação legislativa de cada país. Por fim, entre outros argumentos, entendeu-se que a própria Convenção permite, através de seu artigo 10, que cada Estado opte pela solução legislativa mais coerente com a legislação e prática nacionais.

Mesmo que essa decisão tenha sido proferida antes da reforma trazida pela Emenda Constitucional 45, que deu aos tratados de direitos humanos aprovados com quórum específico a força de emenda constitucional, a decisão acima referida não pode ser ignorada, já que trouxe importantes ponderações para o debate. No caso de se considerar em vigor a Convenção 158, essa discussão certamente será novamente trazida.

Por outro lado, alguns autores asseveram que a proteção contra a despedida imotivada tem-se desenvolvido com mais eficácia através da negociação coletiva do que propriamente através da ação do legislador que, naturalmente, não pode prever todas as situações que surgirão no caso concreto (GRECO, 1992, p. 327). E há ainda os que defendem aplicação imediata da Convenção, com eficácia plena. Sob essa ótica, o máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional e não impedir sua eficácia. O anseio do constituinte de obstar a dispensa arbitrária foi, sem sombra de dúvida, manifestado, e não seria uma lei complementar ou a falta dela que poderia, simplesmente, anulá-lo. Por esse motivo, a Convenção 158, por estar em consonância com o artigo 7º, inciso I, complementa-o, até porque a formação de uma Convenção, que se dá no âmbito internacional, exige formalidades mais complexas que a de uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento internacional quanto às matérias por ela tratadas (SOUTO MAIOR, 2004).

Ainda que a denúncia seja mantida da maneira como proposta, o Brasil não se desvencilhou de alguns deveres que lhe competem em decorrência de ser Estado membro da OIT. Explica-se. De acordo com a Constituição da Organização, nos termos do artigo 19, parágrafo 5º, letra "e", o Estado que não ratificar uma Convenção tem o dever de informar o diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a convenção. Deverá, também, precisar nestas informações até que ponto aplicou, ou pretende aplicar, dispositivos da convenção, por intermédio de leis, por meios administrativos, por força de contratos coletivos, ou, ainda, por qualquer outro processo, expondo as dificuldades que impedem ou retardam a ratificação da Convenção. Portanto, o Brasil,

enquanto membro da OIT, também tem deveres vinculados à Convenção que denunciou.

Por fim, resta referir que, ainda sob a presidência de Luiz Inácio "Lula" da Silva, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem Presidencial 59/08 com o intuito de novamente ratificar a Convenção 158 da OIT. No entanto, depois de derrotas nas comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional; e de Trabalho, Administração e Serviço Público, a mensagem foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, antes de ir ao Plenário, quando haverá a decisão final sobre o tema.

Como se pode depreender, por ser um tema sensível a empregadores e empregados, a questão está longe de ser definida, havendo longo percurso ainda a ser percorrido. Isso porque eventual decisão do Supremo Tribunal Federal não encerrará o debate, que ainda poderá avançar para o campo constitucional e a necessidade de edição de lei complementar sobre o tema, como já referido. Isso, contudo, não exime o Brasil de seu compromisso com a ordem internacional e com a proteção do trabalhador perante a OIT.

## **Referências**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Reg. em Carta Rogatória nº 8.279. Agravante: Coagulantes Argentinos S/A. Agravados: Daniela Rocha Bessone Corrêa e Outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 17 de junho de 1998. DJ de 10/8/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%288279%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jul. 2007.

CAMPOS, João Mota de. **Organizações Internacionais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999.

CHOHFI, Thiago. A vigência da Convenção 158 da OIT no âmbito da ordem jurídica brasileira. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 17º, 2008, Brasília. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3895-3905. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/18\\_752.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/18_752.pdf)>. Acesso em: 3 mar. 2012.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRECO, Leonardo. A proteção contra a despedida imotivada no direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n. 114, p. 317-328, abr./jun. 1992.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos, constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Antonio Carlos Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 158 - Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. In: SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Com adaptação. Acesso em: 11 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. **Manual de Procedimentos em Matéria de Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho**. Brasília: [s.n.], 1993.

PENIDO, Laís de Oliveira. Liberdade sindical e de associação e o efetivo reconhecimento do direito a negociação coletiva como direitos fundamentais no trabalho: inserção das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, p.277-298, out./dez. 2004.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 45, ano 11, p. 216-236, out./dez. 2003.

RESEK, Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho** da 15ª Região, Campinas, n. 25, 2004. Disponível em: <[http://www.trt15.jus.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev25Art3.pdf](http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf)>. Acesso em: 11 mar. 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

# A Súmula 331 do TST e a responsabilidade da Administração Pública

**Ronaldo E. Scarponi Júnior**

Advogado trabalhista em Minas Gerais  
Ex-estagiário do Jurídico da CAIXA

## RESUMO

O presente trabalho trata da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e da polêmica envolvendo a responsabilidade da administração pública pelas dívidas trabalhistas dos empregados que lhe prestam serviços através da terceirização. Primeiramente, faz um breve levantamento histórico a respeito do instituto da terceirização, seu crescimento e atual importância dentro do mercado, no Brasil e no mundo, para então estudar a Súmula 331, sua formação, importância e polêmicas. Finaliza com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16, analisando sua repercussão na jurisprudência, assim como as possíveis consequências de tal posicionamento. Diante da ausência de legislação específica mais extensa sobre o assunto, baseou-se primordialmente na jurisprudência e doutrina, de modo a esclarecer os fundamentos dos diferentes pontos de vista a respeito das polêmicas que acompanham o tema.

Palavras-chave: Súmula 331 do TST. Terceirização. Responsabilidade subsidiária. ADC 16.

## ABSTRACT

The present work deals with the *Súmula 331* of the Superior Labor Court and the controversy surrounding the government's responsibility about the debts of employees who provide services through outsourcing. First, it makes a brief historical survey about the institute of outsourcing, its growth and importance in the current market in Brazil and abroad, to then study the *Súmula 331*, its formation, importance and controversies. It ends with the recent decision of the Supreme Court in ADC nº 16, analyzing its impact on case law, as well as the potential consequences of such positioning. Given the absence of more extensive and specific legislation on the subject, it was based primarily on case law and doctrine in order to clarify the foundations of the different points of view about the controversies that accompany the theme.

Keywords: Outsourcing. Subsidiary Liability. ADC 16.

## Introdução

É inegável o importante papel exercido pela terceirização no mercado atual. Por mais que muitos vejam no instituto um grande risco de fraude aos direitos dos trabalhadores, sua praticidade e inegável eficiência permitem um aumento considerável na produtividade, o que é benéfico para toda a sociedade, se usado corretamente.

Pelas suas características, a terceirização é especialmente adequada para as entidades públicas, permitindo maior eficiência na execução de serviços acessórios, uma vez que evita a burocracia e os altos gastos exigidos na contratação dos servidores efetivos.

Está claro, portanto, que o fenômeno veio para ficar. Entretanto, a inovação, se facilita por um lado, traz também uma série de novos problemas. O uso abusivo da terceirização não tardou a surgir, sendo corriqueiras as contratações de empresa interposta para exercício do que seria sua atividade-fim, evitando-se a contratação direta.

Porém o principal problema é a questão da responsabilidade por eventuais verbas trabalhistas não pagas aos funcionários terceirizados. No caso da terceirização entre particulares, a questão é mais simples, apesar da ausência de legislação específica sobre o tema, uma vez que é princípio básico do Direito do Trabalho a proteção ao empregado.

Entretanto, no caso da terceirização efetuada pela Administração Pública, a questão é mais complexa, levantando uma série de discussões, tanto quanto aos princípios a serem privilegiados, quanto aos conflitos existentes entre legislação (ou a ausência dela), doutrina e jurisprudência.

Recentemente, a polêmica voltou a ser alvo de discussão dentro do mundo jurídico, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16 que, à primeira vista, exime o Estado da responsabilidade por dívidas trabalhistas de seus terceirizados.

E é exatamente esse o tema que este trabalho visa discutir, através de um levantamento histórico do instituto da terceirização, sua aplicação no Brasil, seu uso pela Administração Pública e a legitimidade da decisão citada, além de sua repercussão na jurisprudência.

Através da exposição desse panorama, busca-se esclarecer os fundamentos dos diferentes pontos de vista, de modo a contribuir para o debate da questão, facilitando o alcance de uma conclusão mais justa quanto possível.

## 1 Um breve histórico da terceirização

Inicialmente, faremos uma breve exposição sobre a origem e a evolução da terceirização na indústria moderna e sua aplicação no Brasil, de modo a facilitar a compreensão do instituto e suas consequências para o Direito do Trabalho.

Ao abordar a terceirização, o professor Maurício Godinho Delgado (2009) inicia explicando o significado e a origem do termo, "oriundo da palavra *terceiro*, compreendido como intermediário, interveniente". Isso porque o neologismo teve origem na área administrativa, associando *terceiro* à transferência da execução de certas atividades para outrem, estranho à empresa. Diferenciando-se, portanto, do sentido de *terceiro* comumente usado no Direito: um estranho a certa relação jurídica.

Para o Direito do Trabalho, a terceirização é definida como "o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente" (DELGADO, 2009). Dessa maneira, é entre a *relação econômica* e a *relação justrabalhista* que entra o *terceiro*.

Fica clara a quebra que se produz na clássica relação bilateral empregador/trabalhador, introduzindo-se uma relação *trilateral*, que não se enquadra em toda a estrutura teórica e normativa na qual o Direito do Trabalho se fundamenta.

Martins (2009), em brilhante obra sobre o tema, relata que a criação e disseminação da terceirização foi fato tão significativo que influenciou as ciências sociais e trouxe mudanças para a própria ciência jurídica.

### 1.1 No mundo

Martins (2009) expõe histórico da terceirização, explicando que o instituto, nos moldes em que é aplicado atualmente no mercado, pode ter sua origem remetida à Segunda Guerra Mundial, em que a indústria de armas, diante da gigantesca demanda, dos recursos escassos e da urgência da situação, acabou recorrendo a esse sistema de trabalho fragmentado, buscando atuação de forma mais técnica em cada área especializada de produção.

Tais sistemas de trabalho fragmentado atuavam de forma mais técnica somente em sua área especializada de produção. As indústrias focavam-se apenas na produção do produto principal, sendo que todo o restante (os serviços "acessórios") era repassado para terceiros. Percebe-se que o instituto nasceu, portanto, como fruto da necessidade, na busca por maior eficiência, não tendo, a princípio, uma ampla e imediata disseminação de sua aplicação.

Castro (2000), ao explicar as origens do fenômeno, destaca:

Antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então.

Com o fim da Segunda Guerra veio o consequente período de recuperação da economia e da indústria, com abundância de empregos, acumulação de capital e crescimento da economia, gerando relativa harmonia no universo trabalhista, o que estendeu a manutenção dos métodos tradicionais de produção, já que, no período de prosperidade, alternativas não se faziam necessárias.

Lora (2008) explica que a situação sofreu um novo e definitivo revés diante da crise do modelo de produção capitalista dominante na época, o notório Fordismo criado por Henry Ford, caracterizado pela linha de produção em série, compartmentalização das atividades e pouca especialização. No fim da década de 60, nos países desenvolvidos, esse modelo alcançou um estado de saturação, com redução da produtividade e, consequentemente, dos lucros.

A reação do mercado foi a reformulação do processo produtivo, buscando maior flexibilidade, através da qualificação dos trabalhadores, que executariam maior número de funções.

O novo modelo de produção teve origem na fábrica automobilística da empresa japonesa Toyota, sendo denominado Toyotismo. Entre suas características, Hoffman (2003) destaca o objetivo de alteração de vários aspectos do processo de produção através da desregulamentação/fragmentação da classe trabalhadora, ruptura do sindicalismo, precarização do emprego e, como não poderia deixar de ser, terceirização da força de trabalho.

Com a globalização, as multinacionais acabaram absorvendo todas essas novas formas de trabalho e as levaram para todas as partes do mundo. A flexibilidade virou a regra da vez, a salvação para a indústria, a modernização do processo produtivo ultrapassado, solução para todos os males. Empregos seriam criados, e a indústria seria desafogada.

Esse entusiasmo resultou na terceirização indiscriminada de atividades não apenas acessórias, mas até daquelas essenciais ao objetivo das empresas. O Estado e os sindicatos, diante do desemprego e da crise econômica, viram-se reféns das grandes empresas, o que ajudou a impulsionar ainda mais as novas práticas.

## **1.2 No Brasil - correlações legislativas e jurisprudenciais**

A terceirização chegou ao Brasil na década de 50, através de multinacionais. Porém, como ressalta Delgado (2009), o fenômeno é relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do século XX no Brasil.

Tanto é assim que a Consolidação das Leis do Trabalho apenas menciona a empreitada e a subempreitada em seu artigo 455 como figuras de subcontratação de mão de obra. Ou seja, são apenas menções a um estágio ainda embrionário do que a terceirização veio a se tornar.

Foi só em meados da década de 60 que surgiram referências legislativas mais diretas à terceirização, ainda que restrita ao âmbito público/estatal - administração direta e indireta da União.

O Decreto-Lei nº 200/1967 permitia a "descentralização" de serviços considerados acessórios, e a Lei 5.645/1970, no parágrafo único de seu artigo 3º, listava as atividades a serem alvo da então chamada "execução indireta": "transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas".

Finalmente, em resposta ao crescimento progressivo da terceirização no setor privado, foi criada a Lei nº 6.019/1974, a *Lei do Trabalho Temporário*, autorizando a contratação de trabalhadores mediante empresa interposta. Restringia, porém, tal contratação apenas para atender a "necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços", assim como estabelecia rigorosa restrição temporal de contratação para noventa dias, salvo autorização do Ministério do Trabalho.

Na década seguinte, a Lei nº 7.102/1983 permitia a terceirização do trabalho de vigilância bancária de forma permanente. Posteriormente, a prática foi também autorizada para os demais estabelecimentos, públicos e privados, através das modificações trazidas pela Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994.

Ainda na década de 80, a própria Constituição Federal previu, em seu artigo 37, inciso XXI, a possibilidade de contratação de serviços pelo ente público nos seguintes termos:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de quali-

ficação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Apesar de a legislação específica sobre o tema restringir o uso da terceirização a casos específicos, com a previsão constitucional a contratação de serviços por empresa interposta cresceu exponencialmente, tanto na esfera privada quanto na pública, em muito extrapolando as hipóteses previstas nas leis mencionadas. O governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, entre 1993 e 2005, contribui com esse crescimento através de políticas neoliberais, que incentivavam a flexibilização no Direito do Trabalho. O instituto estava efetivamente se incorporando à indústria atual.

Diante desse quadro, ficou claro que a legislação sobre o tema era (e ainda é) insuficiente para lidar com o tamanho do fenômeno, que por suas próprias características já traz um enorme potencial de fraude aos direitos dos trabalhadores.

Sendo assim, coube à jurisprudência manifestar-se a respeito do tema, definindo parâmetros para guiar a solução dos litígios, evitando não só decisões contraditórias, como também violações aos princípios do Direito do Trabalho. Foi daí que em 1986 o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula de jurisprudência uniforme nº 256, que, após revisão ocorrida em dezembro de 1993, foi alterada para a atual Súmula 331, que teve sua redação alterada este ano, em resposta à polêmica que este trabalho visa discutir. Esta Súmula, desde sua edição, tem sido a principal fonte de referência na solução dos inúmeros litígios envolvendo a matéria.

Atualmente no âmbito Legislativo, existe o Projeto de Lei (PL) nº 4.330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que visa finalmente estabelecer, por legislação ordinária, os critérios para definir o processo da prestação de serviços por empresa interposta, regulamentando a terceirização no país.

A CUT e outras centrais sindicais combatem o PL 4.330, que consideram danoso aos interesses dos trabalhadores. Naquele que talvez seja seu aspecto mais polêmico, o projeto amplia a possibilidade de terceirização pelas empresas, permitindo, inclusive, a terceirização de atividades-fim, determinada ilícita pela já citada Súmula 331 do TST.

O PL tramita na Câmara, onde aguarda parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Caso aprovado, segue para o Senado.

Tramitam também no Poder Legislativo projetos opostos ao de Sandro Mabel, como o PL 1.621/2007, do Deputado petista Vicentinho, com propostas que visam defender o trabalhador da "precarização" causada pela intermediação de mão de obra.

## **2 Da antiga redação da Súmula 331 do TST**

A Súmula 331 é, até hoje, talvez o mais importante instrumento normativo sobre a terceirização no país. Trazendo os parâmetros e definindo os limites tanto da aplicação quanto da responsabilidade acerca da contratação por empresa interposta, sua influência na Justiça Trabalhista é gigantesca, vez que ela suplementa o vazio deixado pelo Poder Legislativo no que tange à matéria.

### **2.1 Origem**

Em 1986, o TST fez sua primeira tentativa de suprimir a omissão do Legislativo sobre o tema, unificando o entendimento sobre a terceirização através da edição do Enunciado nº 256, que previa:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Entretanto, como exposto por Martins (2009, p. 128), esta Súmula se mostrou insuficiente para dirimir todas as polêmicas resultantes da extensa prática da terceirização, explicando minuciosamente as necessidades que trouxeram a revisão desse Enunciado:

O Ministério do Trabalho, com base no inciso VI do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, vinha ajuizando inquéritos civis públicos em face do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, que contratavam principalmente estagiários, com o objetivo de eximirem-se da realização de concursos públicos para admissão de trabalhadores estudantes ou desqualificados. Aqueles órgãos afirmavam que havia decisões do próprio TST, que de fato existem, mitigando a aplicação da Súmula 256 do TST, além de permitir que fizessem contratações de serviço de limpeza e outros, de acordo com a Lei nº 5.645/70. O inquérito ajuizado contra a Caixa Econômica Federal acabou dando origem à ação civil pública, que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância, reconhecendo-se as irregularidades existentes. O Banco do Brasil, porém, firmou compromisso com a Procuradoria-Geral do Trabalho, em 20 de maio de 1993, de acordo com o parágrafo 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, de que a empresa iria, no prazo de 240 dias, abrir concurso público para regularizar as atividades de limpeza, ascensorista, telefonista, copa, gráfica, estiva e digitação.

A Procuradoria-Geral do Trabalho já havia encaminhado expediente ao Presidente do TST, protocolado sob o nº 31.696/93.4, em 6-10-93, requerendo a revisão parcial da Súmula 256 do TST, para retirar de sua órbita as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os órgãos da administração direta, indireta, autarquia e fundacional e, também, os serviços de limpeza.

Como se vê, o Enunciado 256 do TST necessitava de adequação ao mercado atual. As tentativas de "proibir" - ou mesmo limitar bastante - a intermediação de mão de obra mostraram-se infrutíferas, uma vez que esta se tornou prática corriqueira e indispensável na indústria e no mercado de trabalho. A terceirização chegou para ficar. Cabia ao Judiciário lidar com ela. A jurisprudência então se rendeu, aceitando aplicação mais ampla da terceirização, fora dos limites do trabalho temporário e dos serviços de vigilância.

Era essencial, porém, que a descentralização se desse dentro de certos limites, estabelecendo mais garantias para o empregado terceirizado, muitas vezes prejudicado pela empresa prestadora de serviços que não quitava com suas obrigações trabalhistas, assim como pela empresa tomadora de serviços que se eximia de qualquer responsabilidade.

Dentro desse pensamento, em dezembro de 1993 o referido Enunciado foi revisado, dando origem à Súmula 331, com a seguinte redação:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Nota-se que a revisão foi extensa e gerou reflexos importantes que, como destaca Kisch (2010), tornaram a Súmula 331 "[...] um

dos principais elementos normativos do instituto da terceirização trabalhista".

Cabe, portanto, uma breve análise dos fundamentos jurídicos por trás de cada um dos incisos da Súmula ora debatida, de forma a melhor compreender suas intenções e os reflexos que geraram.

## **2.2 Fundamentos jurídicos**

O inciso primeiro mantém a proibição do antigo Enunciado 256 com todo seu rigor, excetuando apenas o trabalho temporário, disciplinado na Lei nº 6.019/1974.

Já o inciso II inova, ao definir que, mesmo diante da contratação irregular do inciso I, prevalece o exposto no artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Assim, vedou-se a formação de vínculo quando a empresa tomadora de serviços seja órgão da Administração Pública, em obediência à Constituição, que restringe a entrada no serviço público à aprovação em concurso somente.

O inciso III do Enunciado 331 do TST introduz a alteração mais profunda em comparação aos dispositivos anteriores, uma vez que permite expressamente a terceirização de serviços de limpeza e conservação, assim como de atividades-meio da empresa tomadora, desde que inexistam a subordinação e pessoalidade diretas.

Ao ampliar-se o leque de aplicação da terceirização, criou-se uma polêmica: o que seria "atividade-meio"? Qual a real diferença entre "atividade-meio" e a "atividade-fim"? A discussão a respeito persiste até hoje e é uma das críticas à Súmula a serem discutidas mais à frente neste trabalho. A princípio, porém, parece óbvia a intenção de impedir a terceirização irrestrita e indiscriminada das principais atividades da empresa, limitando-a a tarefas "acessórias".

Finalmente, passamos à análise do inciso IV, que versa sobre a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora.

Nota-se, a princípio, a ausência de menção expressa aos órgãos da Administração Pública dentro da prevista responsabilidade subsidiária, o que levantava dúvidas quanto a sua extensão

ou não a tais órgãos. Com base nisso, a redação original foi alterada pela Resolução nº 96/2000 para extinguir os debates a respeito da responsabilidade da Administração, ficando com a seguinte redação:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993) (Grifo nosso).

Dessa maneira, o Judiciário não só resguardava o direito indiscutível do trabalhador de receber as verbas devidas, como forçava as empresas tomadoras a terem mais zelo na contratação das empresas prestadoras de serviço. A responsabilidade das empresas públicas será mais amplamente discutida em seção própria.

Apesar da previsão expressa, não era incomum até recentemente a atribuição de responsabilidade solidária em casos de flagrante terceirização ilícita, sendo assim denominada aquela que tem por objeto a atividade-fim da empresa. A corrente que defende a responsabilidade solidária ainda tem muitos defensores (entre eles o próprio presidente do TST), como veremos no próximo tópico, onde serão expostos alguns dos pontos controversos da Súmula.

## 2.3 Críticas

Além da polêmica envolvendo a responsabilidade da Administração - a ser discutida em seção própria deste trabalho -, a Súmula 331 também é alvo de outras críticas. Uma das mais notórias diz respeito à definição do termo "atividade-fim".

Visando evitar a "precarização" dos direitos trabalhistas, permitiu-se somente a descentralização de atividades não essenciais, acessórias ao objetivo principal da empresa/ente público que terceiriza.

Sobre a atividade-meio esclarece Martins (2009, p. 133):

A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa

concentra seu mister, isto é, na qual é especializada. À primeira vista, uma empresa que tem por atividade a limpeza não poderia terceirizar os próprios serviços de limpeza. Certas atividades-fins da empresa podem ser terceirizadas, principalmente se compreendem a produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por abranger operações interbancárias.

Tem-se então que a atividade-meio é um complemento que permite que a atividade-fim seja executada com maior agilidade e perfeição, porém é um conceito que, como já visto, manifestou uma grande discussão acerca da ilicitude ou não de algumas empresas que, dentre inúmeros exemplos da indústria automobilista, somente colocam seu slogan nos produtos ao passo que praticamente toda a linha de produção é terceirizada, afetando assim a atividade-fim da empresa, discussão até hoje sem uma solução eficaz, visto que ao passo que a Súmula parece ser taxativa ao elencar somente a atividade-meio também não foi clara o suficiente para proibir sua terceirização.

Como se vê, os críticos alegam que essa definição do que seria a "atividade-meio" fica, basicamente, a critério do Julgador, sendo subjetiva. Alegam que qualquer atividade - até mesmo as legalmente autorizadas: vigilância das instituições bancárias e limpeza e manutenção - pode ser, de uma maneira ou de outra, definida como "essencial" para aquele que terceiriza. Afinal, como pode uma empresa/escritório funcionar sem condições de higiene? Ou um banco funcionar sem a mínima segurança? Não seria isso essencial a tais atividades?

Tais questionamentos são levantados por Maciel (2009), em brilhante artigo que defende uma interpretação mais moderna e menos rigorosa sobre a terceirização.

O autor prega uma desvinculação do modelo datado em que se fundamenta a CLT. Alega que as relações trabalhistas não atendem mais somente o empregador e o empregado. Aceita a terceirização como inevitável para a economia atual, que exige mais rapidez e agilidade no processo produtivo e prestação de serviços. E diz que isso pode ser feito respeitando-se as leis trabalhistas e seus princípios, clamando para que se ingresse em uma nova era, em que "nem todos na Justiça Trabalhista são hipossuficientes".

E continua:

A atividade-meio quase sempre se confunde com a atividade-fim, e sem a primeira a segunda não seria concluída. É possível considerar-se o que se chama atualmente como atividade-meio, como atividade acessória

do principal, que seria atividade-fim, mas ambas são necessárias para a realização final dos serviços. Esta diversificação jurisprudencial deixa ao arbítrio do magistrado, em uma zona gris, o entendimento do que venha a ser terceirização lícita, sendo que desestabiliza as empresas quando de boa-fé contratam terceirizados e correm o risco de uma contratação legal tornar-se ilegal porque, em determinados Tribunais, aquele tipo de contratação passou a caracterizar-se como fraudulenta, dependendo do magistrado novo, transformando-se o que era legal em ilegal, sem possibilidades de revisão pelo Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que esta caracterização é considerada como matéria fática, aplicável à Súmula 126 (MACIEL, 2009, p. 44-51).

Existem entendimentos ainda mais radicais, que defendem o fato de que, não sendo expressamente proibida em lei, a terceirização não só pode como deve terceirizar as atividades que bem entender, independente se forem atividades-meio ou atividades-fim.

Como exemplo podemos citar o acórdão abaixo, que prega ser perfeitamente lícita a contratação de terceiros, pouco importando que se trate de atividade primária ou secundária da empresa, desde que não se infrinja a lei, a Constituição Federal e as convenções coletivas próprias, senão vejamos:

É de se consignar que não existe norma proibitiva à contratação de serviços, muito menos no sentido de que o empregado da prestadora deva ser vinculado à tomadora. Ao revés, decisão nesse sentido infringe o princípio da reserva legal, já que o exercício de qualquer atividade lícita é assegurado pela Carta Magna.

[...]

Na doutrina, Octavio Bueno Magano já em 1990 (Folha de São Paulo, 1º de dezembro de 1990) ensinava que as empresas fornecedoras de mão-de-obra estão autorizadas por lei (o artigo 15, § 2º, da Lei n.º 8.036/90 - Lei do FGTS) o que tornou, na época, superado o Enunciado n.º 256 do C. TST, até porque, acrescentava o Ilustre Professor, a Constituição de 1988 não veda o funcionamento dessas empresas.

Inquestionavelmente, suas preciosas lições nos fazem refletir sobre o assunto para concluirmos que a distinção de caso por caso faz-se necessária e presente. De fato, não haveria coerência no ordenamento jurídico em autorizar-se a criação de empresas fornecedoras de mão-de-obra, para depois considerar fraudulentas suas atividades. A lei não pode permitir agir e depois punir porque assim se agiu.

Do conglomerado de normas jurídicas permissivas e proibitivas sobre um determinado assunto, conclui-se

que a atividade é permitida exceto se ficar configurado o intuito fraudulento, que deve ser comprovado, já que não presumido ante as normas permissivas (teoria conglobante).

Assim, entendemos que é perfeitamente lícita a atividade das empresas fornecedoras de mão-de-obra exceto se evidenciado o intuito fraudulento, nos termos do artigo 9º da CLT (SÃO PAULO, 1999).

As opiniões pró-terceirização têm como fundamento inclusive as seguintes disposições constitucionais, que garantem a livre iniciativa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (grifos nossos).

Martins (2009, p. 99-100) compartilha desse entendimento, ao expor:

Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir a atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no art. 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo tí-

pico da delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. Contudo, ninguém acoimou-a de ilegal. As costureiras que prestam serviços na sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito subordinação, podendo aí serem consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade de terceirização da atividade-fim.

Tais opiniões, entretanto, são minoria na jurisprudência, prevalecendo ainda a cautela e a desconfiança com relação à terceirização, o que é absolutamente justificável e apropriado, tendo-se como base o extenso histórico de abusos por parte de empregadores, amplamente existentes ainda nos dias de hoje.

E essa proteção à hipossuficiência do trabalhador, objetivo da Justiça do Trabalho, nos leva ao outro extremo quanto às críticas à Súmula 331. Uma forte corrente nesse sentido é aquela que acredita ser necessária a responsabilização *solidária* entre tomador e prestador de serviços, independentemente da existência de fraude.

Melo (2010) acredita que a questão da responsabilidade do tomador de serviço é exatamente a responsabilidade por ato de terceiro, regulada pelo Código Civil como objetiva e solidária. Fundamenta-se nos seguintes artigos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviciais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

[...]

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

O autor ressalta que tais artigos são plenamente aplicáveis na seara trabalhista, por força do artigo 8º da CLT:

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.

Dessa maneira, caberia ao lesado - no caso, o trabalhador - escolher entre os correspondentes aquele que tiver melhores condições financeiras para arcar com os prejuízos sofridos.

A reforma do inciso IV da Súmula 331 neste sentido, segundo o autor, serve para proteger os trabalhadores terceirizados e "moralizar o instituto da terceirização" (MELO, 2010, p. 55), uma vez que, diante da certeza de responsabilização solidária, o tomador de serviços será mais cauteloso na decisão de terceirizar, assim como na escolha do prestador.

Entre os defensores da responsabilidade solidária podemos citar o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, que, em notícia disponível no site do TST, diz acreditar que tal mudança "seria um avanço social e induziria as empresas que contratam a prestação de serviços a participar mais do processo de fiscalização". Nota-se, portanto, que a Súmula está longe de ser uma unanimidade.

Passaremos agora a estudar a ADC 16 e a mudança de entendimento que este ensejou, inclusive com alteração do Enunciado 331.

### **3 A responsabilidade da Administração**

A questão que tem gerado mais discussão quando se trata da terceirização é, sem dúvida, a responsabilidade da Administração Pública frente aos empregados terceirizados.

A possibilidade de contratação de serviços pelo ente público, prevista no já mencionado artigo 37, XXI da CF, foi detalhada pela Lei nº 8.666/1993, chamada de Lei das Licitações, que definiu normas para licitação e contratos na Administração Pública, excluindo, a princípio, a responsabilidade da Administração pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Mesmo assim o TST, através da Súmula 331, viu por bem definir a extensão da responsabilidade aos entes estatais, alimentando o debate, diante das inúmeras dúvidas atreladas ao assunto.

A fonte da polêmica é facilmente perceptível, uma vez que ocorre um imediato conflito de princípios. De um lado a proteção ao erário, visando proteger o Estado e, consequentemente, o bem comum, e de outro a proteção ao trabalhador e das verbas alimentares, de caráter essencial e indispensável.

Além disso, surgem questionamentos referentes à vinculação de empregados ao serviço público sem prestar concurso, questões relativas à isonomia com os servidores/empregados públicos (como direitos previstos em convenções coletivas etc.), enfim, à própria extensão desta responsabilidade, desde que se aceite que ela existe, em primeiro lugar.

Apesar da incerteza, a Súmula 331 firmou entendimento quanto à extensão da responsabilidade à Administração, e cumpria seu papel de uniformização da jurisprudência, sendo aplicada irrestritamente pela Justiça do Trabalho desde sua edição.

### **3.1 Contratos administrativos - direitos e obrigações**

Ao estudar a terceirização por ente público, cabe uma breve exposição sobre os contratos que regem essa relação, analisando os direitos e obrigações que lhe são característicos.

A prática da terceirização pela Administração Pública pode ser realizada de acordo com diferentes modalidades, para realização de diferentes fins. Cabe ressaltar, porém, que a Administração Pública, diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a quem é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, submete-se ao princípio da legalidade, impondo ao administrador fazer tudo o que a lei determina.

Portanto, pela posição que ocupa, e pelos objetivos que o norteiam, o administrador público enfrenta maiores restrições em sua atuação do que o administrador privado. Sobre o tema, Meirelles (2006, p. 78) assim dispõe: "o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido". Como se vê, tal posicionamento demonstra uma peculiaridade inerente à terceirização no setor público.

Com base no exposto, a contratação realizada por ente público tem de realizar-se através do processo de licitação, que tem seus contornos definidos pela Lei nº 8.666/1993. Através desse processo, busca-se associar o oferecimento de iguais oportunidades para todos os interessados, com a escolha da oferta mais vantajosa para a administração. A licitação tem formas e procedimentos especificamente delimitados pela lei mencionada, e, para que o contrato tenha validade, o ente público deve contratar dentro dos parâmetros ali impostos, não existindo, em teoria, a livre escolha que existe em um contrato entre particulares.

O contrato administrativo contém características específicas que norteiam a sua execução. Entre tais características, Di Pietro (2001)

cita a natureza *intuitu personae*, pois leva em consideração características pessoais do contratado, vedando-se a subcontratação. A *finalidade pública* e a *obediência à forma prescrita em lei* também devem sempre guiar a execução do contrato. Possui também característica de *contrato de adesão*, uma vez que as cláusulas são impostas pela administração.

Até aqui, as características do contrato administrativo são semelhantes ao contrato regido pelo Direito Privado, cuja teoria geral dos contratos aplica-se subsidiariamente aos contratos administrativos. O que realmente o distingue do contrato privado é a supremacia do interesse público sobre o particular, que permite ao Estado certos benefícios sobre o particular que não existem no contrato privado. Esses benefícios são nomeados pela doutrina de *cláusulas exorbitantes*, que são prerrogativas específicas, previstas nos contratos administrativos de forma explícita ou implícita.

O artigo 58 da Lei nº 8.666/1993 expõe tais prerrogativas, senão vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindí-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Entre as mais relevantes para o tema discutido neste trabalho, podemos citar a *fiscalização*, exposta no inciso III e disciplinada mais especificamente no artigo 67 da mesma lei, que define:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for ne-

cessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Sobre o tema, Di Pietro (2001, p. 251) lembra que "o não atendimento da determinação da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato (art. 78, VIII), sem prejuízo de sanções cabíveis".

A mencionada *rescisão unilateral* pelo Estado também consiste em outra prerrogativa do contrato administrativo, como consequência de improbidades percebidas através da fiscalização, ou quando for o que melhor atender ao interesse público. Como medidas mais amenas, também existe a possibilidade de aplicação de sanções, assim como a modificação do contrato, tudo de modo a melhor se adaptar às finalidades do Estado.

A exposição das numerosas prerrogativas impostas e disponibilizadas ao Estado ajuda a colocar em perspectiva a questão da responsabilidade nos contratos em que participa e como esta se desenvolve. Afinal de contas, é razoável concluir que, se cumprido à risca, seguindo-se o que a lei impõe e usufruindo-se das opções que ela possibilita, o não cumprimento de um contrato administrativo e a consequente responsabilização estatal seriam muito mais difíceis.

Isso porque, se fiscalizado como a lei prega, eventuais faltas na sua execução seriam prontamente identificadas e gerariam as consequências correspondentes através da aplicação de sanções, modificações ou até rescisões contratuais.

É diante de tal quadro que surge a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que surgiu para "colocar mais lenha na fogueira", visando isentar o Estado da responsabilidade por verbas trabalhistas nos contratos administrativos.

### **3.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16**

Em 5 de março de 2007, o Governo do Distrito Federal propôs perante o STF, por meio de sua Procuradoria-Geral, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade com pedido de procedência cautelar, em face do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93.

O dispositivo objeto da ação, na redação dada pela Lei Federal nº 9.032/1995, tem o seguinte teor:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfe-re à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis (Grifo nosso).

Alegou-se, ainda, que a norma supracitada tem aplicação a todos os entes estatais, como dispõe o artigo 1º da mesma lei, em seu parágrafo único:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Sendo assim, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal afirmou que tal norma, legítima e constitucional, era constantemente violada pelo TST, que com sua Súmula 331 havia tornado regra a responsabilização estatal por encargos trabalhistas oriundos de intermediação de mão de obra.

Nos termos da própria ADC, "os sucessivos questionamentos que são feitos em relação à eficácia de tal norma promovem a insegurança jurídica e geram decisões judiciais díspares, instalando o caos na sociedade e impedindo que os entes federativos realizem a contratação de obras e serviços de maneira eficiente".

Alegou-se que as decisões judiciais que responsabilizavam o Estado estariam, em verdade, "criando o Direito", além de negar vigência à lei mencionada, sendo necessária a intervenção do Supremo para restabelecer sua força normativa.

É evidente que não é função precípua do Poder Judiciário a elaboração de lei. Na verdade, compete ao Judiciário aplicar a lei ao caso concreto decidindo os conflitos de interesse, como também velar pelo controle da legitimidade das normas. Portanto, a ADC ora discutida pregou que, na realidade, o TST agia como verdadeiro legislador positivo.

Segundo esse raciocínio, o disposto no item IV da Súmula 331 do TST seria totalmente inconstitucional, na forma dos artigos 2º, 5º (inciso II), 22 (inciso I) e 60 (inciso III, do § 4º), da CF/88.

### **3.2.1 Fundamentos para a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei Federal nº 8.666/1993**

A Procuradoria do Distrito Federal argumentou que os entes da Administração Pública têm sua atuação restrita ao princípio da legalidade, ou seja, só podem agir de acordo com o definido em lei.

Tal restrição dos entes públicos ao disposto em lei impede que se cobre comportamento diverso do ali definido, no que concerne às exigências a serem cumpridas pelas empresas participantes das licitações. "Por mais diligente e operante que o Poder Público seja, encontra limites de atuação nos termos previstos em lei".

Dessa maneira, para contratar empresa prestadora de serviços são obrigados a dispor de processo licitatório, onde são tomadas todas as cautelas legalmente necessárias relativas à qualificação técnica e econômica da empresa a ser contratada, nada mais e nada menos, inclusive sob risco de o administrador público ser acusado de direcionar a licitação.

Argumenta ainda que, mesmo após o extensivo processo de seleção mencionado, ainda procede-se à fiscalização da execução do serviço, inclusive com a nomeação de funcionário exclusivo para tal função.

Entretanto, mesmo depois de observado todo o procedimento previsto, tendo a Administração agido com toda a cautela que a lei exige, a Súmula 331, com seu inciso IV, pretenderia, na verdade, "realizar uma responsabilização objetiva do poder público, adotando-se, para tanto, a teoria do risco integral, no qual baste existir o dano para exsurgir a necessidade de o Poder Público reparar, ainda que para tanto não tenha dado causa, e ainda que tenha tentado a todo custo evitar sua insurgência".

Assim sendo, a referida Súmula violaria diversos princípios que regem a Administração, como o *princípio da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade nas licitações públicas, assim como o princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo*.

A argumentação da procuradoria afirma ainda que tal posicionamento, ao contrário de proteger o trabalhador, resguarda as empresas fraudulentas, "transferindo o ônus para o Estado, como se este fosse, de fato, o Segurador Universal da Humanidade".

### **3.2.2 Opiniões da doutrina a respeito da responsabilidade da Administração**

Delgado (2009, p. 459) acredita que a norma contida no artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/1993 é absolutamente inconstitucional, por

ser um *privilégio* que iria contra preceitos constitucionais que preveem responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes:

[...] o Enunciado 331, IV, não poderia, efetivamente, absorver e reportar-se ao privilégio da isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações - por ser tal privilégio flagrantemente inconstitucional. A súmula enfocada, tratando, obviamente, de toda a ordem justrabalhista, não poderia incorporar em sua proposta interpretativa da ordem jurídica - proposta construída após largo debate jurisprudencial - regra legal afrontante de antiga tradição constitucional do país e de texto expresso da Carta de 1988... Não poderia, de fato, incorporar tal regra jurídica pela simples razão de que norma inconstitucional não deve produzir efeitos

Ressalta também que, mesmo que não se entenda pela responsabilidade objetiva do Estado, não há como se opor a sua responsabilização subjetiva, tendo em vista a culpa *in eligendo*, que consiste na má escolha da empresa prestadora dos serviços, e/ou a culpa *in vigilando*, que decorre da má fiscalização das obrigações contratuais.

Essa interpretação é a base para a formação da Súmula 331 e visa conciliar o que prevê a Constituição com os princípios do Direito do Trabalho.

Martins (2009, p. 135), por outro lado, não discute a constitucionalidade do polêmico artigo da Lei de Licitações. Contesta, em verdade, a validade do inciso IV do Enunciado 331, declarando:

A nova redação do inciso foi decorrente de Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado no processo TST-IUJ-RR-297.751/96, sendo que a decisão foi unânime. Entretanto, não foram indicados os precedentes do verbete. Da resolução não consta que houve a declaração de inconstitucionalidade do artigo 71 da Lei 8666 ou de seus parágrafos. Logo, pode-se dizer que não é inconstitucional.

Penso que a nova redação do inciso IV do enunciado 331 do TST, ao tratar da Administração Direta e Indireta, é ilegal por violar expressamente o art. 71 da Lei nº 8.666, atribuindo responsabilidade subsidiária a quem não a tem, além de haver expressa exclusão da responsabilidade trabalhista na Lei de licitações.

### **3.2.3 Decisão do Supremo Tribunal Federal**

Segundo o informativo 610 do STF, o Plenário, por maioria, julgou procedente o pedido formulado no ADC 16, declarando a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Entretanto, ressaltou que a tendência da Justiça do Trabalho não seria analisar a omissão, mas "bater carimbo" com o Enunciado 331 do TST, aplicado irrestritamente.

A princípio, o Ministro Cesar Peluso, relator do processo, votou pelo não conhecimento do processo, com base na ausência da preliminar de controvérsia. Tal entendimento decorria de informações prestadas pelo Presidente do TST, que afirmou que o Tribunal jamais questionou a constitucionalidade da norma ora discutida, reconhecendo a responsabilidade do Estado com base em *fatos*, e não com base em *inconstitucionalidade* da lei.

A Ministra Cármem Lúcia discordou, alegando que a Lei nº 8.666/1993 é categórica ao afastar a responsabilidade do Estado e que o entendimento do TST foi diretamente contra o ali previsto, sendo relevante e necessário que o STF se pronunciasse, de modo a esclarecer a questão.

O Ministro Marco Aurélio afirmou que o TST, ao atribuir responsabilidade estatal através da Súmula 331, efetivamente afastou o preceito contido na Lei nº 8.666/1993 sem cogitar a pecha de inconstitucionalidade, *driblando* o artigo 71, §1º.

Mencionou ainda os fundamentos do TST para edição da Súmula, observando que eles residiam tanto no § 6º do artigo 37 da CF:...

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

quanto no § 2º do artigo 2º da CLT:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

O primeiro (artigo 37, § 6º da CF) não encerraria a obrigação solidária do Poder Público diante do inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que o verbete 331 teria partido para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço.

No que tange ao segundo dispositivo (§ 2º do artigo 2º da CLT), observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do artigo 71 da Lei 8.666/1993, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

Quanto à responsabilidade da Administração Pública, a Ministra Cármem Lúcia diferenciou a responsabilidade *contratual* da *extracontratual*. No caso, a responsabilidade seria contratual, o que, consequentemente, excluiria a aplicação do artigo 37, § 6º, da CF, que trata de responsabilidade objetiva extracontratual.

O Ministro Carlos Ayres Brito discordou da maioria, salientando que a terceirização não é permitida pela CF. O Ministro acredita que existam apenas três formas constitucionais de contratar pessoal: concurso, nomeação para cargo em comissão e contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Ou seja, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.

Em conclusão, a constitucionalidade da norma foi plenamente reconhecida. Apesar do decidido, o ministro Cesar Peluso ressaltou, entretanto, que o resultado do julgamento "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa".

Entretanto, houve consenso entre os ministros no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá que investigar

com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

### 3.3 Nova redação da Súmula 331

Após o período de intensas discussões entre a Administração Pública e a Justiça do Trabalho, aparentemente o STF tinha encerrado a celeuma, com a declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/1993.

Após a decisão, a Justiça do Trabalho passou a ficar indecisa, não sabendo como julgar as inúmeras causas que envolviam a responsabilidade subsidiária do ente público.

Vejamos como exemplo ementa de decisão proferida em março de 2011 (MINAS GERAIS, 2011c), na qual se procurou aplicar o então recente entendimento do STF sobre a questão:

Processo: 01464-2009-006-03-00-1 RO - RO  
Data de Publicação: 10-03-2011 - DEJT - Página: 83  
Órgão Julgador: Quarta Turma  
Tema: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
Relator: Des. Julio Bernardo do Carmo  
Revisor: Juiz Convocado Fernando Luiz G. Rios Neto  
Recorrente(s): União Federal  
Recorrido(s): Flávia Custódia de Oliveira (1)  
Conservo Brasília Serviços Técnicos Especializados Ltda. (2)

**EMENTA: UNIÃO FEDERAL - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - LEI 8.666/93 - ADC 16/DF.** O Colendo STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 ("Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis."), nos termos do julgamento prolatado na ADC 16/DF. Todavia, a exclusão de responsabilidade subsidiária do ente público é aplicável quando constatado que a Administração foi diligente no dever de fiscalizar a execução do objeto contratual, inclusive no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados da contratada diretamente envolvidos naquela execução. Na espécie, a reclamante não se desincumbiu de seu ônus probatório a contento (art. 818/CLT e art. 333, inciso I,

do CPC), no tocante à comprovação da falha ou da falta de fiscalização pelo órgão público contratante, ora corrente. Com efeito, não ficou comprovada a culpa da União Federal pela ocorrência dos prejuízos causados à autora (artigos 186 e 927 do Código Civil). Nesse diapasão, para não colidir com a diretriz emanada do guardião Maior da Constituição, tampouco criar expectativa à trabalhadora que, futuramente, é frustrada, curvo-me àquele posicionamento e, por tais razões, afasto a responsabilidade subsidiária da União Federal (Grifos nossos).

Diante de tal quadro, em 24 de maio de 2011 o pleno do TST reuniu-se para definir uma nova redação para a Súmula 331 do TST.

Em notícia veiculada no site do Tribunal Superior do Trabalho foi divulgado pelos ministros que os comentários do Ministro Peluso no julgamento da ADC 16 - no sentido de que a responsabilidade da Administração ainda pode ser reconhecida, sem generalizações e com investigação mais minuciosa sobre a culpa do ente público - serviram de base para a nova redação do Enunciado.

Com base nesse entendimento, o pleno do TST modificou o inciso IV da Súmula 331, adicionando mais dois incisos, resultando na redação atual, que é a seguinte:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Percebe-se, portanto que o TST, em resposta à ADC 16, procurou adaptar-se à nova realidade resultante da decisão, adicionando o inciso V, que condiciona a responsabilidade subsidiária dos entes públicos à efetiva comprovação de culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*. Para reforçar tal entendimento, ressaltou-se que a responsabilidade não mais decorre do mero inadimplemento das verbas trabalhistas.

Em contrapartida, aproveitou a oportunidade para encerrar o debate quanto a quais verbas a responsabilidade se estende, com a inclusão do inciso VI, em que, sutilmente, o TST estendeu a responsabilidade subsidiária do tomador a todas as verbas oriundas da condenação.

Obviamente, diferentes opiniões se levantaram, questionando as alterações. A nova redação respeita a decisão da ADC 16? É o que se discute a seguir.

### 3.3.1 Críticas

Salviano (2011) destaca o que considera uma falha na redação do inciso V. No trecho "especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora", denota uma preocupação com a caracterização da culpa *in vigilando*, mas se esquece, no entanto, da culpa *in eligendo*. E continua, explicando:

Ou seja, a Lei de Licitações (8.666/93), no art. 44, § 3º, quando da apreciação das propostas, esclarece que o Poder Público deverá checar se o preço apontado pela empresa terceirizadora, que quer "ganhar" uma licitação, seja compatível "com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos", o que, caso não cubra os deveres sociais trabalhistas, a empresa licitante deverá ser desclassificada do pregão. Esta é a culpa *in eligendo*, ou seja, caso o Estado dê como vencedora da licitação para ceder mão-de-obra uma empresa que é insolvente, estar-se-á elegendo uma firma que - a priori - já se sabe que não irá conseguir pagar os direitos trabalhistas dos prestadores de serviço.

E a Súmula alterada ontem deixou a desejar neste ponto, abrindo uma brecha, portanto, para eventual discussão na Justiça do Trabalho sobre se a culpa é só *in vigilando*, ou também está contemplada a *in eligendo*, para que se admita a responsabilidade subsidiária do Estado (SALVIANO, 2011).

Restou evidente o foco na culpa *in vigilando*. Acreditamos, porém, que a redação não exclui a culpa *in eligendo*, sendo esta colocada em segundo plano por uma razão prática, já que, no caso dos entes da administração, todas as contratações resultam de processo licitatório, legalmente previsto, o que minimiza as chances de responsabilização com esse fundamento. A jurisprudência mostra que na grande maioria dos casos é muito mais razoável (e fácil) fundamentar a responsabilidade na fiscalização falha, que efetivamente ocorre com mais frequência, até pelas dificuldades que impõe.

Sirotheau (2011) vai mais longe, apontando que a nova redação do Enunciado 331 simplesmente contraria a decisão do Supremo no julgamento da ADC 16.

Critica o fato da nova redação se basear no comentário do Ministro Cezar Peluso, alegando que este "não tem força executória, diferentemente do dispositivo da decisão da ADC 16" (SIROTHEAU, 2011), que é clara ao definir a constitucionalidade de artigo que exclui a responsabilização da Administração por encargos trabalhistas de terceirizados. E finaliza, desabafando:

A inserção de novas condicionantes para responsabilizar a Administração Pública acaba de criar uma nova briga com o Judiciário Trabalhista, prejudicando o trabalhador, visto que é comum tais demandas serem levadas até as instâncias extraordinárias, para um pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

Necessita o Judiciário laboral ser mais imparcial, atuando com justiça para ambos os lados, e vendo os dois lados da relação processual.

O que vemos, na prática, é o magistrado do trabalho atuando em prol do trabalhador, como verdadeiro advogado, deixando de lado todos os princípios processuais, entre eles, a isonomia processual e da imparcialidade.

É que a magistratura trabalhista enxergue que o Poder Judiciário não é um programa social governamental de distribuição de renda, onde o Poder Público acaba sendo lesado por causa da visão jurisdicional de que os entes públicos devem ser os seguradores universais dos trabalhadores (SIROTHEAU, 2011).

A questão que resta é: efetivamente as mudanças deram resultado? Estão sendo aplicadas na prática? É o que veremos a seguir, ao analisar recentes decisões já influenciadas pela nova redação.

### **3.4 Consequências**

A nova redação da Súmula adaptou-se ao previsto no julgamento da ADC 16, mas tal alteração teve efeito prático? Afinal de contas, a existência de culpa da Administração, fundamento de sua responsabilidade subsidiária, está sendo efetivamente verificada? Até que ponto essa verificação é possível?

A seguinte decisão do TRT-3 (MINAS GERAIS, 2011a), já seguindo a nova orientação, responsabiliza o ente público:

Processo: 00185-2010-138-03-00-7 RO - RO  
Data de Publicação: 08-08-2011 - DEJT - Página: 155  
Órgão Julgador: Sexta Turma

Tema: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Relator: Des. Jorge Berg de Mendonça

Revisor: Des. Rogério Valle Ferreira

Recorrente: Irene da Silva Gomes e outros

Recorridos: Estado de Minas Gerais (1) Adservis Multiperfil Ltda. (2)

**EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O recente entendimento do STF, no julgamento da ADC-16/DF, no qual se declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, impede que se aplique, automaticamente, o entendimento da Súmula 331/TST, impondo responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas que com ela contrataram. Não impede, contudo, que se faça o exame da matéria sob a ótica da culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Ora, a Lei n. 8.666/93 expressamente impõe o dever de fiscalização à Administração Pública, que deve se envolver de maneira direta e diária na rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada, o que não se vislumbrou na hipótese dos autos. Assim, tendo sido omissa e negligente o 2º reclamado em relação ao seu dever de fiscalização, caso é de se lhe imputar a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das verbas trabalhistas devidas às autoras, limitadas, no entanto, ao termo final do contrato de prestação de serviços firmado com a 1ª ré. Nesse sentido, aliás, é a nova redação da Súmula 33 do c. TST, que teve acrescido o inciso V, o qual dispõe: "Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada" - redação de maio/2011.

No voto, demonstra-se a preocupação em fundamentar a culpa da Administração no trecho:

Assim, considerando que a própria Lei de Licitação prevê como dever da Administração Pública o de fiscalizar o cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, o que também encontra regulamentação na Instrução Normativa n. 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no âmbito da Administração Pública Federal, cabe analisar se, de fato, essa fiscalização ocorreu, pois, caso contrário, restará patente a culpa que atrai o dever de indenizar.

Registre-se que o próprio art. 29 da Lei de Licitações prevê, na fase licitatória da habilitação, a exigência pelo ente público da comprovação pelas empresas licitantes de sua regularidade para com os encargos sociais, inclusive trabalhistas, devendo a empresa "fazer prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei".

Da mesma forma, o art. 67 da Lei de Licitações determina que a Administração Pública fiscalize a execução do contrato por meio de um representante especialmente designado, "que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados".

Vale salientar que o art. 34 da IN 02/2008, que regulamenta esse dispositivo da Lei de Licitações (art. 67), exige comprovações de regularidade para com o INSS e FGTS; de pagamento de salários no prazo exigido por lei, referente ao mês anterior; de fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível; de pagamento de 13º salário; de concessão de férias e correspondente adicional; do cumprimento de obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, dentre outros.

Para tanto, o art. 36 dessa IN estabelece que a Administração Pública, no ato do pagamento da prestação mensal de serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores.

E, se houver descumprimento de tais exigências por parte da empresa contratada, tal fato é motivo para se declarar a rescisão contratual (art. 78 da Lei 8.666/93).

Na hipótese em apreço, restou incontroverso o descumprimento, de forma reiterada, das férias acrescidas do terço constitucional a que faziam jus as reclamantes, v.g., por todo o pacto laboral.

E conquanto também não se discuta que o contrato de prestação de serviços firmado pelas réis às fls. 240/250 encerrou-se no dia 31/05/2009, remanescem parcelas por cujo adimplemento responderá, subsidiariamente, o 2º reclamado, que da mão-de-obra autoral utilizou-se no período de vigência do referido ajuste.

Assim, constatada a violação do dever fiscalizatório pela Administração Pública em relação às obrigações da empresa contratada para com as trabalhadoras que lhe prestaram serviço, fica reconhecida a responsabilidade subsidiária do 2º réu, fundada, no entanto, na culpa *in vigilando*.

Percebe-se a preocupação em fundamentar a culpa que enseja a responsabilidade estatal. Se as verbas trabalhistas não foram pagas, o Estado falhou em fiscalizar o contrato, constituindo-se a culpa *in vigilando*.

Em outro exemplo extraído da jurisprudência, o acórdão do TRT-3 (MINAS GERAIS, 2011b), de 11 de julho de 2011, fundamenta a responsabilidade da Administração na ausência de prova em contrário.

A responsabilidade mantém-se por culpa *in vigilando* do tomador de serviços, durante a execução do contrato de prestação de serviços, se, por óbvio, não houver prova contrária nos autos.

[...]

Assim, cuidando-se de responsabilização subjetiva, o nexo causal a justificá-la é a conduta omissiva e negligente do ente público quanto ao dever de fiscalizar a fiel execução e cumprimento do contrato de prestação de serviço (culpa *in vigilando*) por ele ajustado para com a empresa fornecedora de mão-de-obra, tal como determinado pelos artigos 58 e 67 da Lei 8.666/91 (Lei de Licitação).

[...]

Por consequência, não demonstrando o Ente Público, por meio idôneo e previsto na Lei de Licitações, o cumprimento de seu dever de fiscalizar o contrato de prestação de serviço para com a contratada (prestadora desses serviços), não pode ser afastado o reconhecimento de seu dever de reparar o dano perpetrado aos empregados da empresa inadimplente, atraindo a sua responsabilização subsidiária, e aí se incluindo as parce-las rescisórias e multas.

Ou seja, diante da inadimplência de verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, a culpa *in vigilando* se assume, a não ser que a Administração produza prova em contrário.

Diante de tal quadro, a questão que se levanta é: não seria isso nada além de uma responsabilização decorrente do mero inadimplemento das verbas trabalhistas? Visualiza-se a tendência de uma interpretação nesse sentido, consequência da proteção ao trabalhador hipossuficiente, e ainda influenciada pela antiga edição da Súmula 331.

Seria razoável exigir-se essa intensa fiscalização de todas as inúmeras verbas pagas a todos os milhares de empregados terceirizados pela Administração Pública? Não seria isso uma desvirtuação do próprio objetivo da terceirização?

Existem decisões que exigem uma demonstração de prova mais sólida, como demonstra o seguinte entendimento do TRT da 1ª Região (RIO DE JANEIRO, 2011):

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO  
Gab Des Carlos Alberto Araujo Drummond  
PROCESSO: 0009200-23.2009.5.01.0047 (RO)

A C Ó R D Ã O  
TERCEIRA T U R M A

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO. PROCESSO LICITATÓRIO. Não havendo prova inequívoca de que o ente público mostrou-se negligente na fiscalização do contrato administrativo firmado com a empresa contratada por meio de regular processo licitatório, forçoso não reconhecer a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços pelos créditos trabalhistas deferidos ao empregado.

[...]

Tal entendimento tem como base o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 16, em 24/11/2010, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

[...]

É certo que se vislumbra nos debates travados naquele Excelso Pretório, especialmente em ponderação do eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, que o ente público negligente, ou seja, que deixasse de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações sociais dos trabalhadores vinculados ao contrato administrativo, deveria ser responsabilizado subsidiariamente. Isso porque o dispositivo protetivo da Administração contido na Lei de Licitações (art. 71, § 1º) só poderia ser adotado em situações de certeza, apurada em cada caso concreto submetido a esta Especializada, do correto comportamento do administrador público em fiscalizar o cumprimento das obrigações contraídas pelo contratado com seus empregados atrelados àquele serviço.

Conclui-se, assim, que o sinal dado pelo E. Supremo Tribunal Federal, em que pese não vislumbrar qualquer indício de inconstitucionalidade no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, foi de não generalizar os casos, permitindo a esta Justiça do Trabalho, em suas instâncias, verificar a conduta da Administração Pública em cada processo submetido a julgamento.

Na esteira desse entendimento, como não há prova inequívoca de que a recorrente mostrou-se negligente na fiscalização do contrato administrativo firmado com a empresa que lhe prestou serviços, forçoso não reconhecer a responsabilização subsidiária do tomador pelos créditos trabalhistas constituídos na sentença condenatória sob exame. Essa conclusão se ampara no

fato de que milita em favor da Administração Pública o princípio da legalidade de seus atos, não se podendo presumir, sem que haja a necessária demonstração por parte do autor de que houve negligência do ente estatal, que este incorreu em alguma culpa, apenas por vir o trabalhador exigir diferenças de parcelas trabalhistas e/ou o pagamento das verbas resilitórias.

Destarte, nego provimento ao apelo (Grifos nossos).

Percebe-se, portanto, a existência de diferentes interpretações sobre o conceito do que seria prova apta a ensejar a responsabilização. A decisão levanta, ainda, outra questão: de quem seria a responsabilidade de provar a configuração ou não da culpa? Do autor da reclamação ou do ente público?

O ônus de prova é disciplinado no Código de Processo Civil, em seu artigo 333, I, que versa:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Relevante citar, ainda, o artigo 818 da CLT, que diz: "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

Sendo assim, segundo o CPC, que aplica-se subsidiariamente ao Processo do Trabalho, e a própria CLT, a princípio nos parece que, no que concerne aos fatos constitutivos do direito, o ônus da prova é de quem alega, ou seja, do reclamante, sob pena de ofensa aos artigos supracitados.

Porém, mais uma vez, a polêmica não se encerra aqui. Cabe novamente questionar a razoabilidade de exigir-se tal prova ao trabalhador. É possível produzi-la?

Como se vê, ainda existem vários pontos controversos quanto à matéria. Uma solução geral e definitiva, a nosso ver, ainda não existe. A melhor alternativa reside na análise caso a caso, que pode mostrar-se excessivamente onerosa, demorada e, em alguns casos, até inviável.

Em vista dessas complicações, a análise da jurisprudência recente demonstra que a decisão da ADC 16 e a nova redação da Súmula surtiram poucos efeitos práticos, continuando a responsabilização do Estado se inferindo a partir do mero inadimplemento das verbas trabalhistas, com o fundamento de falso na culpa *in vigilando*.

São vastos os exemplos jurisprudencias recentes, como demonstram ementas publicadas nos últimos dois meses, que decidem nesse sentido.

Do TST, citam-se as decisões como a do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 489003620095040010 (BRASIL, 2011a):

Processo: AIRR 489003620095040010 48900-36.2009.5.04.0010  
Relator(a): Sebastião Geraldo de Oliveira  
Julgamento: 19/10/2011  
Órgão Julgador: 8ª Turma  
Publicação: DEJT 21/10/2011

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO. -CULPA IN VIGILANDO-. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DECISÃO DO STF NA ADC 16. No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressalvou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa *in vigilando* da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Na hipótese dos autos, o TRT registrou a culpa *in vigilando* da Administração Pública, motivo pelo qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, caput, do Código Civil, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Agravo de Instrumento não provido.

Ou a do Recurso de Revista 12084620105030103 (BRASIL, 2011b):

Processo: RR 12084620105030103 1208-46.2010.5.03.0103  
Relator(a): Sebastião Geraldo de Oliveira  
Julgamento: 09/11/2011  
Órgão Julgador: 8ª Turma  
Publicação: DEJT 11/11/2011

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OMISSÃO. CULPA IN VIGILANDO-. DECISÃO DO STF NA ADC 16. O Regional registrou expressamente que, no caso concreto, a Reclamada deixou de acompanhar e fiscalizar o efetivo cumprimento do ajuste pela empresa contratada, restando caracterizada a conduta culposa da Administração Pública por culpa *in vigilando* et *in eligendo*. Recurso de Revista conhecido e provido.

Ou, ainda, a do TRT-4 (RIO GRANDE DO SUL, 2011):

Processo: 0019400-28.2002.5.04.0831 (AP)  
Redator: CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS  
Data: 10/11/2011 Origem: Vara do Trabalho de Santiago

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC N. 16 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA. A declaração da constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n. 8.666/1993, proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16, não atrai a incidência do artigo 884, § 5º, da CLT, e do artigo 741, parágrafo único, do CPC, e, portanto, não autoriza que se declare a inexigibilidade do título executivo na fase de execução.

E a do TRT-5 (BAHIA, 2011):

Processo 0136800-47.2007.5.05.0027 AP, ac. n° 083540/2011, Relatora Desembargadora MARIZETE MENEZES, 3ª TURMA, DJ 16/11/2011.

Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CABIMENTO. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (Súmula 331, IV do TST).

## Conclusão

O centro da questão reside no aparente conflito de princípios decorrentes da responsabilização do ente público. De um lado, encontra-se o princípio da legalidade, que fundamenta o processo licitatório, excluindo a culpa *in eligendo*. Outro fundamento do disposto no artigo 71 da Lei 8.666/1993 seria a proteção ao Erário, ou seja, o privilégio do bem comum, frente ao interesse particular de um trabalhador, ou um grupo de trabalhadores.

No polo oposto estão os direitos fundamentais do indivíduo, inscritos no artigo 1º da CF, notadamente o *direito da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho*, que amparam a exigência da contraprestação pelo serviço prestado.

Após a análise dos institutos envolvidos, parece-nos que o conflito ora proposto, na verdade, não existe. Isso porque é função do Estado Democrático de Direito e da Justiça resguardar o indivíduo não só contra abusos de terceiros, mas também contra a própria administração. O "bem público" não pode autorizar que o Estado

se isente de pagar o trabalhador que prestou serviços do qual ele usufruiu, sob pena de se ingressar em uma ditadura da maioria.

Sendo assim, nesse caso, está muito mais de acordo com os princípios em que se baseia o Estado o privilégio do interesse particular, do trabalhador, que nada tem a ver com os detalhes envolvidos. Tal entendimento é o que verdadeiramente beneficiará a maioria, numa visão mais ampla.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a intenção por trás da Súmula 331 é absolutamente razoável. Protege o trabalhador e o seu direito de receber pelo serviço prestado.

Entretanto, a aplicação automática da referida Súmula desvirtuou seu fundamento, criando efetiva hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, diante da ausência de qualquer análise do caso concreto.

Tal posição incentiva, em longo prazo, a terceirização fraudulenta, com propostas falsas, que nascem já pretendendo não pagar as verbas trabalhistas, uma vez que o Estado arcará com tudo.

Dessa maneira, a decisão da ADC 16 e a reforma do Enunciado 331 do TST são uma evolução na matéria, pois visam aperfeiçoar os julgamentos e o próprio instituto da terceirização, emprestando-lhes mais credibilidade através de uma análise mais profunda sobre a responsabilidade e a culpa.

O que se perde no debate entre interesse do Estado versus interesse do trabalhador é a responsabilidade da empresa prestadora dos serviços. É a inadimplência dela que deve ser evitada. Na grande maioria das terceirizações realizadas pela Administração o repasse de verbas para a empresa prestadora é realizado. Por que, afinal de contas, especificamente nas terceirizações realizadas pelo Estado, a inadimplência de verbas trabalhistas é tão alta?

A ausência de legislação específica para regulamentar o instituto, sem dúvida, contribui para a insegurança em torno deste, e a insegurança, a incerteza, beneficia somente os mal-intencionados, aqueles que visam se beneficiar de licitações malfeitas e da imediata responsabilização estatal, que encerra a demanda e minimiza a possibilidade de identificar-se os verdadeiros responsáveis.

Como dito no início do trabalho, a terceirização veio para ficar. A hipótese de proibi-la parece inviável, diante de sua inegável eficiência e importância dentro do mercado atual.

O foco do debate deve, então, direcionar-se para o aperfeiçoamento do instituto da terceirização - especialmente a realizada pelo Estado - em todos os níveis, com criação de regulamentação extensiva para o instituto, além de métodos de fiscalização mais eficientes, porém razoáveis, desde o processo licitatório, até a fim do contrato.

E, diante do inadimplemento, não se satisfazer com a mera responsabilização do tomador e pagamento do empregado, mas averiguar-se a questão da responsabilidade de quem licitou erroneamente, de quem não fiscalizou, procedendo-se à punição, seja do agente responsável, seja do ente público.

Quando a questão chega aos Tribunais, independente de quem se responsabilize pelas verbas trabalhistas, o grande perdedor é o povo brasileiro, ou seja, todos nós já perdemos, mesmo que o empregado terceirizado receba. O dano é, somente, minimizado, e o verdadeiro problema é varrido para debaixo do tapete.

## Referências

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5<sup>a</sup> Região. Agravo de Petição nº 0136800-47.2007.5.05.0027 AP. Agravante: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero. Agravados: Ivonete Felix dos Santos e Outros (3). Relatora: Desembargadora Marizete Menezes. Salvador, 9 de novembro de 2011. DJ de 16/11/2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 48900-36.2009.5.04.0010. Agravante: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. Agravados: Leisiane da Silva Lopes e Proservice Portaria e Serviços Ltda. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Brasília, 19 de outubro de 2011. DEJT de 21/11/2011a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1208-46.2010.5.03.0103. Recorrente: Mara Paranaíba Franco. Recorrido: Estado de Minas Gerais e Higiterc - Higienização e Terceirização Ltda. Relator: Sebastião Geraldo de Oliveira. Brasília, 9 de novembro de 2011. DEJT de 11/11/2011b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256, de 30 de setembro de 1986. CONTRATO DE PRESTAÇÃO

DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada). Diário de Justiça, Brasília, 30 de setembro de 1986. Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html)>. Acesso em: 28 set. de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331, divulgada em 27, 30 e 31 de maio de 2011. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). Diário de Justiça, Brasília, 30 de setembro de 1986. Disponível em: <[http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro\\_Jurisprud/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html)>. Acesso em: 28 de set. 2011.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

HOFFMAN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atuação brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

KICH, Karine Kelly. Súmula 331 do TST - Análise do instituto normativo e sua importância para a terceirização trabalhista. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 76, [não paginado], 1 maio 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7729](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7729)>. Acesso em: 31 set. 2011.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos fundamentais e responsabilidade da Administração pública na terceirização de serviços. Inconstitucionalidade do § 1º do artigo da lei nº 8.666/1993. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 20, n. 231, p. 7-35, set. 2008.

MACIEL, José Alberto Couto. A necessária revisão da Súmula 331 do TST: terceirização. **Justiça do Trabalho: doutrina, Jurisprudência, Legislação, Sentenças e Tabelas**, Porto Alegre, v. 26, n. 303, p.44-51, mar. 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. A Necessária Revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. **Justiça do Trabalho: doutrina, jurisprudência, legislação, sentenças e tabelas**, Porto Alegre, v. 27, n. 322, p. 07-18, out. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00185-2010-138-03-00-7. Recorrente: Irene da Silva Gomes e outros. Recorridos: Estado de Minas Gerais (1). Adservis Multiperfil Ltda. (2). Relator: Desem-

bargador Jorge Berg de Mendonça. Belo Horizonte, 2 de agosto de 2011. DEJT de 8/8/2011a, p. 155.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00367-2010-083-03-00-4. Recorrente: Fundação Nacional de Saúde - FUNASA. Recorridos: Reinaldo Fernandes Alkmim (1). Albina Conservação e Serviços Técnicos Ltda. (2). Relator: Desembargador Anemar Pereira Amaral. Belo Horizonte, 28 de junho de 2011. DEJT de 11/7/2011b.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 01464-2009-006-03-00-1. Recorrente: União Federal. Recorrido(S): Flávia Custódia de Oliveira (1). Conservo Brasília Serviços Técnicos Especializados Ltda. (2). Relator: Desembargador Júlio Bernardo do Carmo. Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2011. DEJT de 10/3/2011c, p. 83.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. RO 0009200-23.2009.5.01.0047. Recorrentes: Eric dos Santos Azevedo e Tectenge Tecnologia e Serviços Ltda. Recorridos: Eric dos Santos Azevedo, Tectenge Tecnologia e Serviços Ltda. e Caixa Econômica Federal - CEF. Relator: Carlos Alberto Araújo Drummond. Rio de Janeiro, 2 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://consulta.trtrio.gov.br/portal/downloadArquivoPdf.do?sqDocumento=17161900>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Agravo de Processo nº 0019400-28.2002. 5.04.0831. Agravante: União. Agravados: Elida Vitória Vielmo de Quadros e Eficiente Prestação de Serviços Ltda. Relator: Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos. Porto Ale-

gre, 10 de novembro de 2011. Disponível em: <

SALVIANO, Mauricio de Carvalho. A nova súmula 331 do TST sobre terceirização. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 89, [não paginado], 1 jun. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9711](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9711)>. Acesso em: 8 nov. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO 0117300-24.1996.5.15.0052. Recorrentes: SOPRESTO - Sociedade Civil de Prestação de Serviços Quito Ltda e Fundação Sinhá Junqueira. Recorridos: Armando Machado e Ermelindo Antônio Reque. Relator: Juiz Antônio Tadeu Gomieri. 1 de dezembro de 1999.

SIROTHEAU, Leonardo de Oliveira. Nova redação da Súmula 331 do TST e sua aplicabilidade contra os entes públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2903, [não paginado], 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19317>>. Acesso em: 1 nov. 2011.

# Considerações sobre o juízo de admissibilidade recursal e a política de desafogamento dos tribunais superiores

***Karine Volpato Galvani***

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul  
Especialista em Direito Processual Civil pela  
Universidade de Santa Cruz do Sul  
Especialista em Direito Constitucional pela  
Universidade do Sul de Santa Catarina*

## **RESUMO**

O presente estudo visa, com base no estudo da doutrina e da jurisprudência sobre os temas abordados, analisar a relação existente entre o juízo de admissibilidade recursal e a política judiciária de desafogamento dos tribunais superiores, sob o viés das impropriedades técnico-jurídicas nela estabelecidas. Para tanto, o trabalho utiliza-se do método indutivo de abordagem e, no aspecto metodológico, de dados bibliográficos, de textos legais e de decisões dos tribunais. Em consequência, sua argumentação dividiu-se na breve análise dos requisitos gerais de admissibilidade dos recursos e, também, dos que são próprios dos recursos excepcionais, com ênfase na questão da exigência do prequestionamento, bem como de ilações acerca da aplicação da política judiciária de desafogamento dos tribunais superiores. Ao final, busca demonstrar que a análise conjunta dos temas abordados aponta para a sedimentação da visão de que a tentativa do Judiciário de conter a enorme demanda recursal que abarrotava os tribunais superiores, na aplicação das diretrizes do movimento chamado de “política judiciária”, acabou por gerar, além de incongruências técnico-jurídicas, verdadeiro sentimento de descrédito na Justiça.

**Palavras-chave:** Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Política judiciária.

## **ABSTRACT**

The present paper, based on the study of doctrine and jurisprudence about the issues discussed, intends to analyze the relationship between the judgment of admissibility of appeals and the judicial policy of bottlenecking of the superior courts,

observed by the angle of technical and legal improprieties of it. To do so, the paper uses the inductive method of approach, and in the methodological aspect, bibliographic data, legal texts and court decisions. Therefore, it's argument was divided in a brief analysis of the general requirements for the admissibility of appeals and also of those that are proper of the exceptional appeals, with emphasis on the prior questioning as well as lessons on the implementation of judicial bottlenecking of the courts. At the end, seeks to demonstrate that the joint analysis of the themes points to the sedimentation of the view that the judiciary's attempt to contain the huge demand that fills up the superior courts, applying the guidelines of the movement called "judicial policy", generate, in addition to technical and legal inconsistencies, real sense of discredit of the justice.

**Keywords:** Exceptional Appeals. Admissibility. Prior Questioning. Judicial Policy.

## Introdução

O recurso especial está previsto no art. 105, alíneas a, b e c da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:  
[...]  
III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:  
a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes validade;  
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;  
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O parágrafo 1º do art. 542 do CPC, por sua vez, dispõe que os recursos extraordinário e especial serão submetidos ao exame de admissibilidade após o decurso do prazo para apresentação das contrarrazões do recorrido, ainda nos tribunais de origem.

Está, pois, definida a competência dos tribunais de segunda instância para apreciar a admissibilidade dos recursos excepcionais.

Interposto o recurso, cumpre ao Juízo primeiro de admissibilidade, então, proceder ao exame dos pressupostos de recorribilidade, uma vez que esses devem anteceder o exame do mérito, pois lhe são logicamente precedentes e eventualmente prejudiciais.

Assim, como questões preliminares gerais, têm-se aquelas relacionadas às condições da ação (cabimento, interesse e legitimida-

de), ao prazo, à inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer e ao preparo, aplicáveis a todo e qualquer recurso judicial.

A questão a ser tratada no presente trabalho diz respeito, por sua vez, à análise de requisitos específicos dos recursos excepcionais, com ênfase para o recurso especial e para o requisito do prequestionamento a ele aplicado. Isso porque, da análise da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, infere-se que a sua apreciação pelos tribunais de origem acaba, em grande parte das vezes, por ultrapassar a linha que divide a competência para análise dos requisitos de admissibilidade propriamente ditos, para passar a estabelecer impertinente julgamento do mérito do recurso, invadindo competência que é do tribunal superior ao qual o recurso é dirigido.

Tal análise servirá, também, para demonstrar como a política judiciária de “desafogamento” dos tribunais superiores acaba por imputar ao jurisdicionado rigores no juízo de admissibilidade que, além de não estarem previstos em lei, denotam verdadeira injustiça chancelada pelo Poder Judiciário.

## **1 Requisitos de admissibilidade dos recursos**

Os pressupostos de admissibilidade recursal são comumente comparados às condições da ação. No dizer de Nery Junior (2000, p. 222):

as condições da ação, portanto, devem estar preenchidas para que seja possível o exame do mérito, da pretensão deduzida em juízo. Somente depois de ultrapassado o seu exame é que o magistrado poderá colocar fim à incerteza que pesa sobre determinada relação aplicando o direito ao caso concreto que lhe foi levado pelo autor.

Quanto ao recurso, ocorre fenômeno assemelhado. Existem algumas condições de admissibilidade que necessitam estar presentes para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso.

Chamamos o exame destes requisitos de juízo de admissibilidade. O exame do recurso pelo seu fundamento, isto é, saber se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso, denomina-se juízo de mérito.

Partindo da análise geral do juízo de admissibilidade dos recursos, faz-se necessária a verificação dos seus requisitos propriamente ditos, o que, na analogia com as condições da ação, poder-se-iam chamar de pressupostos ou condições recursais.

Nesse sentido, Nery Junior (2000, p. 240-242) segue a classificação de Barbosa Moreira e diz:

Os pressupostos *intrínsecos* são aqueles que dizem respeito a decisão recorrida em si mesmo considerada. Para serem aferidos, leva-se em consideração o conteúdo e a forma da decisão impugnada, tal modo que, para proferir-se o juízo de admissibilidade, toma-se o ato judicial impugnado no momento e da maneira como foi prolatado, entre eles o *cabimento*, a *legitimação para recorrer* e o *interesse em recorrer*.

[...]

Os pressupostos *extrínsecos* respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes os dados que compõem o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a esta supervenientes. Deles fazem parte a *tempestividade*, a *regularidade formal*, a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer* e o *preparo*.

Passa-se, então, a analisar, de forma breve, os referidos requisitos, uma vez que são indispensáveis à compreensão dos requisitos específicos para admissibilidade do recurso especial, que serão tratados com maior ênfase.

Antes disso, no entanto, é preciso destacar que, nas hipóteses em que o juízo de admissibilidade exarado pelo órgão *a quo* é negativo, há a possibilidade de interposição de recurso ao tribunal competente (respectivo tribunal superior) para a apreciação do recurso originário, de modo que o órgão superior possa rever a decisão do inferior, especificamente no que tange à inadmissibilidade.

Assim, na hipótese de se ter juízos de admissibilidade negativos, para ambos os recursos excepcionais (especial e extraordinário) pelas presidências ou vice-presidências dos tribunais locais (atribuição definida pelos regimentos internos de cada tribunal), haverá a possibilidade da interposição de agravo de instrumento, no prazo de dez dias, conforme o disposto no art. 544 do CPC.

## 1.1 Dos requisitos intrínsecos

### 1.1.1 Cabimento

Esse requisito é aplicado no momento em que se analisa se a decisão deve comportar a impugnação pela via recursal e o recurso adequado para respectiva impugnação.

Desse modo, faz-se necessário haver decisão com carga decisória recorrível, bem como que o recurso interposto pela parte recorrente seja adequado para atacá-la.

Assim, se o recurso utilizado não for adequado, este não será admitido, por lhe faltar o requisito cabimento.

### **1.1.2 Legitimidade para recorrer**

A legitimidade para recorrer vem disciplinada no art. 499 do CPC, nos seguintes termos:

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado, e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles que oficiou como fiscal da lei.

Tem-se, então, que o referido artigo atribui a legitimidade para recorrer às partes do processo, aos terceiros prejudicados, que devem demonstrar seu interesse jurídico na ação, e ao órgão do Ministério Público, tanto quando atua como parte, quanto quando atua como *custos legis*.

### **1.1.3 Interesse em recorrer**

Nesse requisito, bastante elucidativo é o ensinamento de Nunes (2007, 115), que dispensa maiores anotações a esse respeito. Veja-se:

o interesse em recorrer deve sempre tomar por base o “binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem”.

## **1.2 Dos requisitos extrínsecos**

### **1.2.1 Tempestividade**

Tem-se, como regra, para cumprimento dos atos processuais, que esses obedeçam a prazos definidos na lei, sob pena da perda do direito de exercê-los, ou seja, sob pena do efeito da preclusão.

Com os recursos, ocorre idêntica situação, uma vez que o descumprimento dos prazos fixados na lei conduz ao seu não conhecimento, por desatendimento ao requisito da tempestividade, já que os respectivos prazos são considerados peremptórios. Os pra-

zos para interposição dos recursos tratados no presente estudo são de 15 dias para os recursos especial e extraordinário e cinco dias para os embargos de declaração, sendo que os prazos devem ser contados na forma preconizada pela Lei nº 11.419, de 19/12/2006, que entrou em vigor no dia 19/03/2007 e diz:

#### DA COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DOS ATOS PROCESSUAIS

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso (grifos nossos).

Assim, tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário devem ser apresentados perante o tribunal de origem, no prazo de 15 dias contados a partir da publicação, considerando-se publicada a decisão no primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário de Justiça eletrônico e, conforme o artigo 240 e seu parágrafo único do CPC, começando o início do prazo processual a fluir no primeiro dia útil após o dia considerado como da publicação.

#### 1.2.2 Regularidade formal

A regularidade formal é o requisito extrínseco que está ligado ao cumprimento dos aspectos da interposição dos recursos que estão especificamente delineados na lei.

Em relação aos aspectos formais, faz-se necessário ressaltar algumas peculiaridades em relação ao recurso especial, como a apresentada a seguir.

No recurso especial interposto com base no dissídio jurisprudencial (art. 105, III, c, da CF/88), há de se obedecer ao previsto no art. 541 e seu parágrafo único do CPC, sendo necessário demonstrar, analiticamente, que os arrestos divergiram na aplicação da lei em casos análogos, não bastando a simples “citação ou transcrição de ementas”. Tal observação é fruto da sua reiterada presença no conteúdo dos acórdãos emanados pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>1</sup>

### **1.2.3 Da inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer**

Também configura hipótese de inadmissibilidade recursal a existência dos fatos impeditivos e/ou extintivos do poder de recorrer.

Na exata lição de Nery Junior (2000, p. 335), “os fatos extintivos do poder de recorrer são a renúncia ao recurso e a aquiescência à decisão; os impeditivos do mesmo poder são a desistência do recurso ou da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia a direito que se funda a ação”.

### **1.2.4 Preparo**

A exigência de preparo recursal encontra-se disciplinada no art. 511 do CPC, *verbis*:

<sup>1</sup> Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

2. O reconhecimento, pelo Tribunal de origem, de que a questão necessita de produção de prova impossibilita a utilização da via peculiar da Exceção de Pré-Executividade. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1163985/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 18/12/2009).

Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno sob pena de deserção.

§ 1º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

§ 2º A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.

No caso dos recursos excepcionais, oportuno ressaltar que não se aplica o disposto no parágrafo segundo do artigo citado, uma vez que acaso não seja interposto já com o preparo considerado deserto. Nesse sentido, lembra-se, ainda, que é relativamente recente a modificação legislativa que impôs o pagamento de custas também aos recursos especiais (Lei nº 11.636, de 28/12/2007), uma vez que, até então, para interposição do referido recurso, o preparo restringia-se ao pagamento do porte de remessa e retorno dos autos.

## **2 Requisitos de admissibilidade específicos do recurso especial e sua aplicação no juízo de “inadmissibilidade”**

Delineados, ainda que superficialmente, os requisitos genéricos dos recursos, passa-se a analisar, de forma mais detida, os requisitos de admissibilidade específicos dos recursos excepcionais, mormente da forma que serão impostos ao recurso especial.

Por essa razão, a par de conceituar brevemente esses requisitos, a abordagem ora utilizada será no sentido de destacar os pontos em que residem as exigências ilegais neles fundadas, quando da feitura do juízo de admissibilidade do recurso especial pelos tribunais de origem.

Em primeiro lugar, faz-se necessário salientar que não há unanimidade na doutrina acerca de quais são, exatamente, os requisitos de admissibilidade específicos dos recursos especiais. Verifica-se que o Código de Processo Civil disciplina o tema de forma escassa, como no caso dos requisitos dispostos no parágrafo único do seu art. 541, citado alhures, bem como que muitos dos requisitos impostos hodiernamente na jurisprudência encontram fundamento nos arts. 102, III, e 105, III, da CF/88, que disciplinam as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário de forma genérica, sem impor qualquer restrição literal. Assim, o que se tem, na verdade, é que tais requisitos acabaram sendo disciplinados por precedentes jurisprudenciais.

Por oportuno, é necessário que se transcreva as súmulas relacionadas ao tema, com maior aplicação na prática, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

**Súmula 5:** A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

**Súmula 7:** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

**Súmula 207:** É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

**Súmula 211:** Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Nesse passo, também é necessário mencionar a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, por ser utilizada indistintamente para a negativa de admissão de ambos os recursos excepcionais, quando interpostos por violação a legislação federal ou de dispositivo constitucional, e que tem o seguinte teor:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Em vista do exposto, a par da inexistência de consenso sobre o tema, o presente estudo visa traçar o perfil apenas dos principais requisitos de inadmissibilidade dos recursos especiais, como **a alegação de inexistência de violação à lei e da existência de matéria fático-probatória a ser analisada no recurso**, bem como (e mais especificamente) acerca da problemática existente quanto à exigência **de prequestionamento dos dispositivos legais arguidos no recurso especial**.

## **2.1 Alegação de inexistência de violação à lei**

Diz a redação do art. 105, III, a, da CF/88, que é admissível a interposição de recurso especial em face de acórdão que violar ou negar vigência a dispositivo de lei federal.

A questão da apreciação de violação a dispositivo legal no juízo de admissibilidade reside no fato de tal juízo dizer respeito ao mérito dos recursos especiais, não podendo ser transferido ao exame de admissibilidade do juízo *a quo*. É, no entanto, fundamento de inadmissão vastamente utilizado pelos tribunais de origem.

Nesse sentido, é de se lembrar que, como já visto, o juízo de admissibilidade exercido pelo tribunal *a quo* não pode ser confundido com o juízo de mérito a ser exercido pelo tribunal *ad*

quem, o que evidencia o descabimento de os tribunais de origem não admitirem recurso especial, com base, em geral, no disposto na Súmula 284 do STF anteriormente transcrita, sob o fundamento de que não fora devidamente demonstrada a existência de violação a dispositivo legal.

Nesse sentido, bem ensina Gouveia (2008, p. 33):

não é válido, portanto, que o exame de admissibilidade ultrapasse o âmbito de análise delimitado acima, produzindo juízo de valor acerca da apontada violação ao Texto Constitucional ou à legislação infraconstitucional, de forma a impor a não-admissão do apelo extraordinário ou especial com base no prejuízamento do mérito recursal.  
[...]

Das lições acima colacionadas infere-se que não é permitido à Corte de origem proceder à análise do mérito recursal, mas apenas limitar-se a avaliar se foi apontada a ofensa da decisão recorrida à Constituição Federal ou à legislação infraconstitucional, de forma a viabilizar a admissão do recurso extraordinário interposto com base no art. 102, III, “a”, da CF/88, ou do recurso especial interposto com fundamento no art. 105, II, “a”, da CF/88.

Em conclusão, vê-se que o tribunal de origem que deixa de admitir determinado recurso especial, por entender que não houve a violação apontada pelo recorrente, se imiscui indevidamente na competência recursal do tribunal superior, o que não pode ser admitido, por extrapolar a sua competência, que deve se restringir ao cumprimento de requisitos objetivos.

## 2.2 Impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória

A Súmula 7 do STJ dispõe que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Tal criação jurisprudencial pretende reforçar o entendimento de que nos recursos excepcionais apenas se pode analisar as matérias atinentes à violação ou negativa de vigência aos dispositivos legais e constitucionais no caso concreto, não se podendo examinar as circunstâncias fáticas do caso.

Não obstante, a referida súmula é utilizada indiscriminadamente pelos tribunais de origem com o fito de impedir a subida de recursos especiais. Exemplo clássico são ações de dano moral em caso de inscrição em cadastros de restrição de crédito. De um lado, tem-se a negativa sistemática dos tribunais de origem em admitir tais recursos especiais<sup>2</sup>, sob o fundamento de que implicariam análise de

<sup>2</sup> Exemplo dos despachos de inadmissão proferidos pelo Tribunal Regional da 4<sup>a</sup> Região nos autos nº 2001.71.00.033978-4, 2004.71.00.037649-6 e 2006.70.01.003658-5.

matéria fático-probatória, e, de outro, jurisprudência vasta e pacificada do STJ no sentido de que cabe ao tribunal superior cuidar do *quantum* a ser arbitrado na indenização desse tipo de dano<sup>3</sup>, o que demonstra que não há nova análise dos fatos, mas tão somente fatos já analisados a serem considerados para fixação do valor da indenização.

A esse respeito, em excelente conclusão sobre o tema, diz Carneiro (2008, p. 217):

importante frisar a advertência de que “a circunstância de que os fatos da causa não devam ser reapreciados em sede de RE e/ou REsp não significa, em si, a desconsideração dos fatos como elementos jurídicos necessários à justa prestação jurisdicional”.

Afinal de contas, a aplicação do direito é um fenômeno tridimensional, que leva em conta o fato, a norma e a subsunção do fato à norma. Dessa forma, para que se possa verificar se houve ou não a correta aplicação da lei ou da Constituição, tem-se que passar pelo exame do fato.

O que é vedado, portanto, não é verificar os fatos que embasam o caso em tela, mas sim lhes alterar a dimensão e versão que lhes foi dada pelo acórdão recorrido. Não caberá aos Tribunais Superiores verificar a existência ou inexistência de determinados fatos, mas analisar se a lei foi aplicada corretamente, tomando os fatos como narrados na decisão recorrida.

## **2.3 Exigência de prequestionamento**

A exigência de prequestionamento dos dispositivos legais arguidos no recurso especial é, pois, a questão a ser analisada mais detidamente no presente estudo.

Na definição de Castilho (2001, p. 19), o prequestionamento:

Trata-se de fenômeno processual que se deve identificar no curso da lide para demonstrar que a questão constitucional ou legal, que se quer trazer à discussão no Tribunal Superior, foi devidamente examinada no tribunal inferior. Em outros termos, cuida-se de evidenciar que as instâncias ordinárias julgaram a lide enfrentando os referidos temas como *razão de decidir*.

---

<sup>3</sup> Exemplo dos acórdãos proferidos no REsp 874496/SC, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 12.02.2007, p. 269; REsp 705371/AL, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 24.10.2006, DJ 11.12.2006, p. 364; REsp 873922/MT, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 14.11.1006, DJ 11.12.2006, p. 392; REsp 871465/PR, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 05.12.2006, DJ 12.02.2007, p. 267; REsp 612407/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 27.03.2007, DJ 23.04.2007, p. 271.

O autor diz que "a obviedade do axioma é patente, pois não teria sentido pedir ao Tribunal Superior a apreciação de questão que o inferior não tivera necessidade ou oportunidade de examinar" (CASTILHO, 2001, p. 19).

A par de apresentar o conceito de prequestionamento, faz-se necessário dizer que esse é, com certeza, um dos aspectos mais discutidos e controvertidos na doutrina e jurisprudência, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais.

O trato com a frequente interposição de recursos especiais faz ver, nesse sentido, que a dificuldade da questão existe em virtude de, na ausência de regulamentação legal, a jurisprudência dos tribunais superiores não ter chegado a um entendimento sobre a forma de exigência do prequestionamento e, em assim sendo, ter formulado entendimento de várias espécies.

A nomenclatura mais utilizada pelos tribunais identifica no requisito do prequestionamento três formas distintas: explícito, implícito e ficto.

A fim de identificar de forma esclarecedora os três tipos referidos, utilizar-se-á a lição de Carneiro (2008, p. 215), *verbis*:

sumarizando o entendimento doutrinário e jurisprudencial, e independente da definição adotada de prequestionamento, podemos afirmar que, em relação à forma com que o Tribunal local se manifesta sobre a questão federal ou constitucional, o prequestionamento pode se dar de três modos: a) explícito; b) implícito; e c) ficto.

A diferença entre o prequestionamento implícito e o explícito (infelizmente também denominado de numérico) reside no fato de que no explícito o Tribunal local consignou expressamente o dispositivo legal tido como violado, enquanto que no implícito o acórdão, embora tenha se manifestado sobre a questão, não mencionou expressamente o dispositivo legal.

[...]

Há, ainda, o prequestionamento chamado de ficto, que se dá quando o Tribunal não apreciou a questão federal ou constitucional no acórdão, mas a parte opôs os devidos embargos de declaração. Nesse caso, mesmo que o tribunal não acolha os embargos de declaração e, consequentemente, não se manifeste sobre a questão suscitada, estaria atendido o requisito do prequestionamento, pois a parte cumpriu com a exigência que lhe cabia, de provocar o órgão jurisdicional para se manifestar, não podendo ser responsável pela omissão dele.

Identificadas as concepções mais utilizadas de prequestionamento, a jurisprudência dos tribunais, tanto de origem quanto

dos superiores, demonstra que esses se utilizam concomitantemente das três formas. Não obstante, a análise dos acórdãos acerca da matéria demonstra que o verdadeiro problema consiste em se verificar que não é possível se vislumbrar outra lógica, senão a de que, no caso concreto, a concepção aplicada pauta-se, principalmente, no interesse em julgar (ou não) o mérito de determinado recurso.

Nesse sentido, é importante destacar a criação jurisprudencial surgida em torno dos embargos de declaração, a fim de subsidiar o prequestionamento ficto. Tem-se no Supremo Tribunal Federal as Súmulas 282 e 356, que dizem, respectivamente, que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissو da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aponta entendimento contrário, ao dizer, na Súmula nº 211, que é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*” (grifo nosso), bem como na Súmula nº 320 que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Visualizadas as súmulas aplicáveis à questão, é pontual a lição de Gouveia (2008, p. 38-39) ao reconhecer que não há outra forma de se cumprir o requisito do prequestionamento se não a interposição sistemática de embargos de declaração, nos seguintes termos:

por essas razões revela vital importância ao correto deslinde do feito a oposição de embargos de declaração quando a parte verificar inexistar na decisão a análise de questão levada ao processo.

[...]  
sendo assim, conclui-se que o exame de admissibilidade dos recursos constitucionais, no que tange ao pressuposto do prequestionamento, deve se ater apenas à análise da existência na decisão recorrida de discussão expressa em torno dos dispositivos constitucionais e legais indicados como violados ou implícita acerca da matéria por eles regulada. Quando inexistente o debate do tema no julgado contestado, cabe à parte interpor embargos de declaração. Se mesmo assim não for sanada a omissão, a mera oposição dos embargos declaratórios viabiliza a admissibilidade do recurso extraordinário e a alegação de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil viabiliza a admissibilidade do recurso especial.

A lógica dos tribunais, no entanto, não é assim tão escorreita. Bom exemplo é o posicionamento de Volkmer de Castilho em artigo escrito na época em que atuou como Juiz Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região. Isso porque esse autor, ao se manifestar sobre o posicionamento dos tribunais superiores acerca da questão do prequestionamento nos recursos excepcionais, traduz juízo de valor sobre tema, que é bastante elucidativo do posicionamento tomado atualmente pelos tribunais, razão pela qual merece ser reproduzido. Veja-se:

o STF, embora exija o prequestionamento explícito, aceita que seja satisfeita a exigência com a simples apresentação dos declaratórios, reconhecendo-a cumprida mesmo rejeitados os embargos. A solução da Corte Suprema parece contraditória, porque aceita a afirmação da parte de que o não-provimento dos declaratórios vulnera o direito de prestação jurisdicional e isso implica a necessidade de examinar - para o suprimento do defeito - toda a matéria de fato e de direito para dizer que a omissão ou a contradição não declarada impediu ilegalmente a subida do recurso. Salvo melhor exame, não há como aceitar qualquer delas: a primeira, porque faltando a explicitação não há prequestionamento suficiente; e a outra, porque, para consegui-lo, seria necessário examinar fatos e provas. A conclusão correta parece ser a de que, nesse caso, não há mais como examinar a pretensão da parte, cabendo a movimentação da ação rescisória na qual se poderá desfazer o acórdão deficiente e, na retomada do julgamento do acórdão defeituoso, exigir o adequado prequestionamento. Certo é que não se pode, no recurso excepcional ou através dele, postular a reforma do acórdão que rejeitou embargos declaratórios, pena de transformar a instância excepcional em instância revisora de fatos e de prova, contrariando a própria jurisprudência que o veda. Aliás, é preciso ainda deixar claro que o costume, muito difundido entre os tribunais inferiores, de admitir - por embargos declaratórios - a "explicitação" dos artigos que o embargante quer sejam tidos por prequestionados, não tem nenhum fundamento (CASTILHO, 2001, p. 19, grifo nosso).

Diz, ainda:

Com efeito, o prequestionamento de que cuida a velha jurisprudência do STF é a efetiva discussão e abordagem do tema respectivo na sentença e no acórdão que julga a apelação, sendo evidentemente insuficiente o mero requerimento, via embargos declaratórios do julgamento da apelação ou da ação rescisória, para que o tribunal de 2º grau faça a indicação dos artigos ou textos legais que se quer sejam tidos por prequestionados, mesmo quando não te-

nham sido de fato discutidos como razão de decidir no respectivo julgamento. Esse expediente certamente não constitui o prequestionamento de que tecnicamente cogita a interpretação constitucional predominante, a qual exige do recorrente uma provocação concreta do tribunal inferior sobre a questão constitucional ou federal capaz de habilitar a discussão no Tribunal Superior. Em resumo, se os embargos destinados ao prequestionamento forem rejeitados, nada mais pode ser feito na via excepcional, não podendo ser acolhidos só para dar por prequestionados os pontos solicitados como fundamento do julgado sem a devida discussão (CASTILHO, 2001, p. 20, grifo nosso).

Como já dito, o posicionamento do magistrado é bastante ilustrativo da situação atual da jurisprudência e o que permite sublinhar é que, ainda mais nos dias de hoje, a carga acerca da demonstração do prequestionamento é posta sobremaneira sobre os ombros do recorrente, e não do órgão julgador, circunstância que altera o recomendável equilíbrio e papel das partes de uma ação judicial, em desfavor daquele que busca a tutela jurisdicional.

### **3 Da política de desafogamento do Poder Judiciário**

A análise dos temas discutidos no presente trabalho demonstra que o afã de impedir a subida dos recursos para julgamento dos tribunais, mormente dos tribunais superiores, é reflexo do crescente movimento, comumente chamado de “política judiciária”, que visa “desafogar” o Poder Judiciário do excesso de demandas. Estão nessa mesma linha as tentativas de reduzir a judicialização dos conflitos, por meio das alternativas de projetos de conciliação, inclusive pré-processuais, e de arbitragem.

Não obstante, a crítica feita a tal política é no sentido de que a sua aplicação na fase recursal tem implicado, indubitavelmente, a redução da qualidade técnica dos julgamentos. Nesse sentido, a questão da exigência (ou não) do requisito “prequestionamento” e da interposição (ou não) de embargos declaratórios tornou-se emblemática para ilustrar esse descompasso.

Cada dia mais os acórdãos são precariamente fundamentados, muitas vezes sem qualquer indicação de dispositivo legal e com evidentes omissões de julgamento das matérias arguidas pelos recorrentes. Para estes, no entanto, contra esse movimento que vem nitidamente ao seu desfavor, resta apenas a interposição de embargos declaratórios, que, na grande maioria das vezes, deixam de ser analisados e são rejeitados com fundamento genérico da inviável pretensão de atribuição de efeitos infringentes.

A análise dos julgamentos leva a crer, muitas vezes, que, quando convém ao tribunal julgar o mérito do recurso, admite-se até o prequestionamento ficto. Por outro lado, quando não é o caso de realizar o julgamento, exige o prequestionamento explícito (numérico), de modo a não conhecer o recurso.

Tal posicionamento fica evidente ao se fazer análise das decisões proferidas nos agravos de instrumento interpostos contra os despachos de inadmissibilidade. Na hipótese de a mesma matéria ser enviada ao STJ por meio de recurso especial, diretamente, e por meio de agravo de instrumento (art. 544 do CPC) em que o tribunal de origem impôs óbice da ausência de prequestionamento, é praticamente impossível que na última hipótese o mérito do recurso especial seja analisado. No entanto, se a matéria é enviada ao tribunal superior por meio de recurso especial, prequestionada explicitamente ou não, a chance de ser analisada aumenta consideravelmente, pois o julgamento pelo STJ fixa-se menos nos requisitos de admissibilidade e mais no mérito do recurso.

A análise detalhada de um dos requisitos de admissibilidade torna plausível a afirmação de que o conjunto do Poder Judiciário está desafinado, tendo em vista que vem impondo rigores excessivos e, muitas vezes, ilegais aos recorrentes. Todos sabem, no entanto, que o caminho é o equilíbrio e, nesse sentido, Moreira (2005, p. 187-188) é contundente ao advertir:

o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento recurso é atitude correta e é altamente recomendável, toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose, por exemplo, arvorando motivos de não conhecimento circunstância de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão inconsistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento.

## Conclusão

O presente trabalho visa demonstrar inicialmente que a jurisprudência dos tribunais superiores tem criado requisitos de admissibilidade que não constam da lei ou da Constituição para os recursos excepcionais, bem como que a ausência de regulamentação legal para tais exigências acaba por criar rigores formais que, além de incongruentes, são por vezes aplicados por instâncias incompetentes.

A par da ilustração técnica do problema, que pode ser feita tranquilamente por meio da análise correlacionada entre os argumentos ora expendidos e os bancos de jurisprudência dos tribunais, é preciso dizer que é sabido que, sob a ótica menos técnica e mais política, resta evidenciado que tal situação é resultado da tentativa do Judiciário de conter a enorme demanda recursal que abarrotava de recursos os tribunais superiores, na aplicação das diretrizes do movimento comumente chamado de “política judiciária”.

A exigência do requisito prequestionamento é, pois, questão que – conforme se verifica na análise efetuada no presente estudo – demonstra efetivamente que não há regra técnica exata para sua exigência, mas sim regra de conveniência.

Depois de anos pretendendo levar a justiça a todos os cidadãos, nos memoráveis escritos e movimentos atinentes ao “acesso à justiça”, propagados pela promulgação da Constituição Federal de 1988, o que se tem hoje é um caminho diferente, que busca a desjudicialização dos conflitos. Há muito o que se fazer, no entanto, para que sejam objeto de contenção, também, as oportunidades em que o cidadão realmente chega até a Justiça, mas essa atende a sua provação de forma precária.

O que se observa, também, como resultado da aplicação de tal política, é que esta, utilizada demasiadamente tanto pelos tribunais de origem quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, acaba por gerar situações de evidente injustiça, pois os requisitos de admissibilidade não são examinados tecnicamente, mas sim de acordo com a conveniência do órgão julgador, que tem de deixar subir o recurso ou, no caso dos tribunais superiores, julgá-lo.

Tal forma de agir, no entanto, autoriza o jurisdicionado a pensar que, quando pretendem julgar o mérito dos recursos, os tribunais excepcionais interpretam com pouco rigor os requisitos de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários. No entanto, quando não desejam examinar o seu mérito, utilizam excesso de rigor para achar, custe o que custar, algum requisito de admissibilidade que não tenha sido atendido, valendo, inclusive, criar requisito novo a ser cumprido.

O que se questiona, dessa forma, não é a necessidade de se conter demanda excessiva de recursos enviados aos tribunais superiores, mas sim a forma com que os tribunais regionais e o próprio STJ e STF estão lidando com o problema: utilizando-se dos requisitos de admissibilidade como instrumento da política para redução dos recursos, o que gera não só as incongruências técnico-jurídicas apontadas neste estudo, mas também a irresignação dos jurisdicionados e o seu descrédito na Justiça.

## Referências

- CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegitima utilização como filtros recursais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 160, p. 205-232, jun. 2008.
- CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Notas sobre o processamento do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 281, p. 18-28, 2001.
- GOUVEIA, Carlos Marcelo. Os limites do exame de admissibilidade dos recursos constitucionais. **Revista de Direito Processual**, São Paulo, v. 67, p. 33-42, out. 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 32, p. 187-188, dez. 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NUNES, Dierle José Coelho. Alguns elementos do sistema recursal: da sua importância na alta modernidade brasileira, do juízo de admissibilidade e de seus requisitos. **Revista de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 47, p. 93-126, maio/jun. 2007.

# **Direitos patrimoniais de autor *versus* direitos culturais do cidadão: fundamentos para a proposição de um direito autoral-constitucional**

***Ciro de Lopes e Barbuda***

*Advogado da CAIXA na Bahia*

*Mestre em Direito pela Universidade*

*Federal da Bahia*

*Especialista em Direito do Estado pela JusPODIVM –*

*Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas*

## **RESUMO**

Este estudo colima demonstrar que a estruturação da disciplina do direito autoral-constitucional é condição para a superação da crise dos direitos autorais no Brasil. Para tanto, examinam-se as características dos dois principais direitos fundamentais em sede jusautorista: a propriedade autoral, influenciada pelo princípio da função social, e o direito à cultura, alimentado pelo valor da justiça social. A harmonização desses direitos, em face das regras contidas na vigente Lei nº 9.610/98, sem que eles se excluam mutuamente, é o grande desafio da sociedade da informação, apontando-se a ponderação de bens como plausível solução.

Palavras-chave: Direito autoral constitucional. Função social. Direito à cultura. Ponderação de interesses fundamentais.

## **RESUME**

Cette étude vise à démontrer que l'organisation de la discipline du droit d'auteur constitutionnel est une condition pour surmonter la crise des droits d'auteur au Brésil. Pour ce faire, sont examinés les caractéristiques des deux principaux droits fondamentaux dans le domaine du droit d'auteur: la propriété d'auteur, influencé par le principe de la fonction sociale, et le droit à la culture, alimenté par la valeur de la justice sociale. L'harmonisation de ces droits, selon les règles contenues dans la actuelle Loi nº 9.610/98, afin de qu'ils ne s'excluent pas mutuellement, est le grand défi de la société de l'information, en montrant la pondération des biens comme une solution plausible.

Mots-clés: Droit d'auteur constitutionnel. Fonction sociale. Droit à la culture. Pondération des intérêts fondamentaux.

## Introdução

Com o presente estudo, pretende-se (re)edificar a disciplina do direito autoral constitucional.

A fim de concretizar projeto tão ambicioso, revela-se necessário o desenvolvimento preliminar de alguns assuntos, pendentes de pacificação na doutrina e na jurisprudência, os quais compõem o cenário da tão comentada “crise dos direitos autorais”, oriunda da total falta de reconhecimento e eficácia sociais da Lei n.º 9.610/98, o que tem tornado esse ramo do direito nacional mera “letra morta”, ou, parafraseando Habermas (2003, p.25), o que tem agravado a “tensão entre facticidade e validade”.

A abordagem de tais questões constitui o instrumental jurídico-propedêutico necessário para que, em seguida, se defende a existência de um direito autoral-constitucional. Tal disciplina apoia-se, a nosso ver, na configuração tanto dos direitos de propriedade do autor e direitos conexos quanto dos direitos culturais do público consumidor das obras artísticas, científicas e literárias como direitos fundamentais, com as consequências jurídico-dogmáticas pertinentes.

A caracterização e a efetivação desses direitos fundamentais, que, frequentemente, colidem na ordem constitucional-autoralista vigente é o que se erige como objeto da vertente investigação monográfica, que intenta resolver o conflito jurídico-axiológico em espeque mediante a ponderação dos referidos bens fundamentais, à luz dos princípios regentes da ordem constitucional brasileira e das cláusulas gerais de direito privado, estas, germinadouro de onde promanam os renovados princípios civilistas, favoráveis à dignidade humana.

Desse modo, este trabalho pretenderá harmonizar o direito de propriedade de autor com o princípio da função social, e o direito à cultura e à informação com o valor da justiça social, a fim de que, ao final, a interpretação dos negócios jurídicos e das lides envolvendo direitos autorais possa estar alinhada ao direito autoral-constitucional.

### 1 Dos indícios da crise do direito autoral brasileiro positivo

O grande desafio do direito autoral contemporâneo consiste em regular, de maneira harmônica, o interesse público e o privado, de modo que o sistema autoral não seja, de um lado, excessivamente punitivo, com o alheamento da propriedade intelectual de sua função social, a ruptura da noção de solidariedade social e o monopólio especulativo da informação, a qual é pressuposto para o desenvolvimento social e econômico de qualquer povo; nem, por ou-

tro, seja retirada a atratividade econômica e desincentivada comercialmente a atividade cultural e científica, com a abertura indiscriminada do sistema de regras de proteção da obra intelectual.

Assim é que, no plano constitucional, a Carta Magna de 1988 conferiu ao direito de propriedade do autor o *status* de direito fundamental, no inciso XXVII de seu art. 5º, que verbera que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. No inciso seguinte do Texto Maior, foram assegurados, ainda, “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”, e “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”. Entretanto, é preciso ter em conta que tais direitos patrimoniais, disciplinados nos arts. 28 e 29 da Lei dos Direitos Autorais (LDA), hão de legitimar-se na medida em que atendam a exigência do inciso XXIII do mesmo dispositivo constitucional supramencionado, segundo o qual “a propriedade atenderá a sua função social”.

Além disso, o constituinte fez constar, no art. 215, § 3º, incisos II e IV, que o Plano Nacional da Cultura deveria visar à “produção, promoção e difusão de bens culturais” e à “democratização do acesso aos bens de cultura”. No art. 218, ao dispor sobre a Ciência e a Tecnologia, o Diploma Maior prescreveu que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

Até agora, pois, ficou claro que legislador constituinte brasileiro pretendeu equacionar o interesse público, de ordem cultural e artístico-científica, com o interesse privado, relativo à exploração econômica das obras individuais ou coletivas protegidas pelo direito autoral. Portanto, os bens jurídicos tutelados constitucionalmente não podem, como se tem verificado na prática, anular-se reciprocamente.

Infraconstitucionalmente, por sua vez, o direito autoral brasileiro é regulado, atualmente, pela Lei n.º 9.610/98 (LDA).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Faça-se, neste passo, uma pequena digressão, a fim de evidenciar a taxonomia do direito autoral. Ocorre que este ramo do direito, segundo a doutrina majoritária, é espécie do gênero “direitos intelectuais”, que também abrange o direito industrial. Assim, em matéria de direitos intelectuais, no Brasil, existem, além da LDA, também a Lei n.º 9.279/96, que abarca o direito industrial, disciplinando a concessão de marcas e patentes, a Lei de Cultivares, tombada sob o n.º 9.456/97, que disciplina a manipulação biológica, e a Lei n.º 9.609/98, que regulamenta a utilização dos programas de informática, sem prejuízo das legislações extravagante, internacional e regulamentar afins.

São inúmeros os exemplos que nos levam à conclusão de que esse diploma legal ainda conserva o espírito patrimonialista e privatista, herdado da cultura liberal e individualista que serviu de pano de fundo para a positivação original do direito autoral nos séculos XVIII e XIX.

*Exempli gratia*, perceba-se que, no Brasil, a rigor, *qualquer reprodução não autorizada* da obra científica, artística ou literária será ilícita, salvo quando a lei dispuser em contrário. Esse ilícito é denominado “contrafação” pelo inciso VII do técnico-conceitual art. 5º da LDA. Ao ser praticado, sujeita o contrafrator a indenizar as perdas e danos ocasionados ao titular do direito de autor, sem prejuízo das sanções civis e administrativas cominadas nos arts. 102 a 110 da LDA. Por isso, no Brasil, a regra é que qualquer reprodução não autorizada de obra, salvo as exceções legais, seja ilícita.

As limitações à tutela autoralista são de dois tipos. Ou o objeto é expressamente excluído da proteção do direito autoral – hipótese normada no art. 8º da LDA –, ou é excluída a antijuridicidade da conduta subjetiva. Nesse último caso, deixa de configurar-se o ilícito quando a reprodução inautorizada enquadra-se numa das hipóteses dos arts. 46 a 48 da LDA, em que o legislador reputou haver superior interesse público ou justificável interesse privado, para afastamento dos direitos patrimoniais de autor.

Nas hipóteses em xeque – que a doutrina majoritária, de forma púsilâmine, considera taxativas, ao argumento de que, em se tratando de restrições, devem ser interpretadas restritivamente –, julgou o legislador que a reprodução ou utilização da obra artística, científica ou literária não configuraria ato ilícito, dada a existência de superior interesse social (como nas hipóteses do inciso I, alínea “d”, do art. 46 da LDA, referente à reprodução de obras para uso exclusivo dos deficientes visuais, sem fins lucrativos, no sistema Braille ou equivalente, e do inciso VII, referente à utilização de obras para fins de produção de prova judiciária ou administrativa) ou a ocorrência de interesse privado justificado (demais incisos).

Para eminent doutrinador português, todavia, as limitações aos direitos do autor ainda são muito tímidas, revelando-se inadequadas à real consecução da *ratio legis* autoralista:

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chama a “caça as exceções” (sic). Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixa-ria de estar submetida às exigências da função social. [...]

As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêm as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir (ASCENSÃO, 2002, p. 135-137).

Dando prosseguimento à análise dos exemplos que personificam a inconsistência do direito autoral do Brasil, toma-se como um verdadeiro símbolo do descompasso entre a teoria e a *praxis* autoralistas a polêmica questão da reprodução xerográfica de livros em instituições de ensino, máxime nas universidades. *A contrario sensu*, o art. 46, inc. II da LDA só admite a reprodução, “em um só exemplar”, “de pequenos trechos” de obras impressas, e desde que “para uso privado” e “sem intuito de lucro” por parte do copista.

O que se verifica, contudo, em qualquer faculdade, é o endosso de uma *praxis contra legem*, porquanto os estudantes, amiúde incentivados pelos próprios professores, adquirem fotocópias integrais de livros, normalmente produzidas em série para diversos colegas, a despeito de a LDA considerar tal conduta como contrafação. Essa é uma norma completamente desprovida de eficácia, pois qualquer pessoa consegue obter cópias “ilícitas” de obras integrais na maioria dos estabelecimentos reprográficos. E ainda se mostra uma norma contra-histórica, uma vez que o art. 49, inc. II da LDA revogada, a saber, a Lei n.º 5.988, de 1973, permitia, numa postura muito mais razoável e tolerante, a reprodução integral de 1 (um) exemplar da obra, desde que sua utilização não tivesse fim lucrativo.

É, além disso, curioso notar que a LDA, além de prescrever restrições ao direito de uso da obra intelectual alheia, muitas vezes acaba interferindo, indevidamente, na utilização da obra por parte de seu próprio autor. Nessas hipóteses, o direito autoral brasileiro, ao invés de proteger o interesse do autor, acaba por prestar-lhe um desserviço.

Precisa ser urgentemente repensado o aparato axiológico sobre o qual se sustenta a construção legislativa dos direitos morais do autor, em razão da distorção teleológica contida no art. 27 da LDA, que lhes atribui os (indesejáveis) predicados da inalienabilidade e da irrenunciabilidade. Ora, sendo uma expressão dos direitos da personalidade, os direitos morais do autor, entre os quais, *verbi gratia*, a paternidade, o ineditismo e a retirada, deveriam possuir, a princípio, os mesmos atributos que têm os direitos de personalidade.

Ocorre que, como o direito autoral é um direito civil especializado, e como o atual estágio da doutrina civilista sobre autono-

mia jurídica descrê da irrenunciabilidade e da inalienabilidade de certos direitos de personalidade<sup>2</sup> – especialmente daqueles que podem expressar-se economicamente, a exemplo do direito à integridade física, vislumbrado na casuística dos casos de “barriga de aluguel”, por exemplo –, não há justificativa para que o Estado intervenha em direitos de personalidade que, a critério do sujeito, poderiam ser relativamente disponibilizados.

Essa disponibilidade relativa, ao invés de afetar a dignidade da pessoa humana, como se poderia imaginar, pelo contrário, reforça-a. Até mesmo porque, em se encarando a realidade material que envolve artistas, literatos e cientistas, amiúde, pode ser interessante para o autor da obra intelectual a alienação ou renúncia de certas manifestações de seus direitos morais, seja a título oneroso, seja a título gratuito, em consonância com o livre exercício da autonomia privada, que também incide sobre o campo jusautorista, mormente em face do contexto mercadológico que demonstra as fartas possibilidades de negócios jurídicos intelectuais.

Dessa maneira, sustenta-se que o tratamento jurídico dispensado a tais situações, evidenciadoras da nova representatividade dos direitos morais do autor em face da evolução da teoria da autonomia jurídica, deveria ser idêntico àquele que é dispensado aos negócios jurídicos em geral. Logo, não havendo vícios na manifestação de vontade do sujeito que possam vir a tornar o negócio nulo ou anulável, não subsiste justificativa, *prima oculi*, para que a LDA impeça o pleno exercício da autonomia jurídica individual do autor.

Igualmente, considera-se descabida a restrição dos arts. 29 e 33 da LDA, que submetem à prévia autorização do autor (ou do editor, como habitualmente se verifica, na prática) qualquer utilização de sua obra. Parece razoável admitir que, como o autor busca inspiração para suas criações no amplo repositório de informações existente no mundo, não deveria haver restrição a que qualquer ser humano pudesse fruir, desde que respeitando os direitos morais do autor, dessa criação do espírito, sem necessidade de pré-

<sup>2</sup> “Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade podem, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa” (BORGES, 2007, p. 120-121, grifos nossos).

via autorização. Inclusive, é esse mesmo pensamento – o de que a obra é feita no mundo e para o mundo – que subjaz à regulamentação da caída da obra em domínio público, após o prazo legal.

Um dos parâmetros plausíveis, para aferir a legitimidade da destinação acima propugnada da obra intelectual, deveria ser, com efeito, a ausência de finalidade lucrativa. Assim, em se utilizando determinada obra, desde que na estrita observância dos direitos morais do autor e sem fins lucrativos, seria teleologicamente adequado à *ratio legis* do direito autoral, de índole constitucional, que a lei permitisse o uso pessoal, não empresarial, da obra, até mesmo como uma maneira de universalizar o acesso do cidadão aos bens da cultura (BARBUDA, 2010, p. 25).

Diante do exposto, fica patente a desconexão hodierna entre a teoria e a prática do direito autoral no Brasil. Cada vez mais, e sobretudo após o advento da Internet, parece que o direito autoral corre risco de extinção, a menos que ultrapasse profunda reformulação de suas premissas, de forma a ser reconduzido a seu verdadeiro papel na sociedade. Acerca da revolução paradigmática protagonizada pela hodierna sociedade da informação, merece alusão o magistério de Moraes (2006a, p. 258, grifos do autor):

A digitalização não implode a edificação do Direito Autoral, mas impõe novo paradigma e uma profunda releitura. Antes, a proteção legal era vista como necessária aos custos da reprodução e à circulação de obras. Com o gigantesco poder da Internet, torna-se desnecessário o suporte físico. O *corpus mysticum* não necessita mais do *corpus mechanicum*. Metaforicamente, o gênio foge do confinamento da garrafa; a alma, do corpo biológico. O verbo não precisa mais se fazer carne. Na digitalização, o código binário, composto de “zeros e uns”, substitui o mundo físico. A desmaterialização dos suportes gera barateamento na circulação de idéias, obrigando um novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização e reprodução de obras.

Hoje em dia, basta possuir um computador conectado à rede mundial de computadores para que se esteja munido de todo o instrumental necessário para violar uma série de direitos autorais. Com poucos cliques, é possível fazer o *download*, ou seja, a transferência eletrônica de dados, de todo tipo de criação do gênio humano “protegida” pelos direitos autorais: livros, músicas, imagens, vídeos, programas de computador. Há um acervo digital ilimitado de obras, disponibilizadas na Internet à revelia dos autores, que podem, facilmente, ser vítimas do “copiar e colar”, ou, pior ainda, do comando “editar”.

Nesse panorama de incerteza jurídica, as próprias noções de autor e obra metamorfoseiam-se, como relata Antonio (1998, p.4):

Na Internet, por exemplo, cada indivíduo pode assumir várias identificações ao mesmo tempo: todos podem ser autores, agentes, produtores, editores, leitores, consumidores, de um modo em que a subjetividade de cada papel prevalece de acordo com o instante. Nesse sentido, os papéis se misturam e se confundem, distanciando-se de suas caracterizações tradicionais e colocando em discussão a reorganização desses temas. [...]

A obra intelectual e artística na Internet não mais se apresenta exclusivamente como a produção íntegra e perene de autores que se pode reconhecer, mas também como obra coletiva, múltipla e, frequentemente, anônima, fragmentada, incompleta, mutante e, muitas vezes, fugaz.

Diante dessa realidade comunicacional, “tudo o que é sólido desmancha no ar”, como sustentado por aqueles que acreditam estarmos vivenciando a emersão de um paradigma chamado pós-modernidade (BAUMAN, 1998, p. 30), que descortina uma sociedade da informação em que as obras literárias, artísticas e científicas podem circular livremente, em tempo real, entre quaisquer pontos do mundo. Tal contexto germina questões e conflitos jurídicos até então inimaginados, fazendo-se necessário repensar as próprias categorias jurídicas basilares da relação jusautorista. Apenas um exemplo dessa nova realidade é aquilo que, hoje, ao redor do mundo, se organiza como um forte e subversivo movimento em prol da “cultura livre”, normalmente identificado ao licenciamento ironicamente apelidado de *Copyleft*:

O software livre é baseado na ideologia do “copyleft”, denominação surgida de um trocadilho feito por Don Hopkins, numa carta enviada ao amigo Richard Stellman na década de oitenta: “Copyleft – All Rights Reversed” [Copyleft – Todos os direitos reversos]. A expressão foi utilizada por Stellman para batizar o novo conceito de distribuição de softwares. Para ele, os programas deveriam ser livres. Então, criou a licença Pública GNU. O free não quer dizer “grátis”, mas sim “livre”. Ou seja, não é proibido cobrar pelo software, mas são livres o uso, a cópia, a modificação e a redistribuição de uma versão melhorada. Essas são as quatro liberdades que caracterizam o software livre: usar, copiar, modificar e redistribuir (MORAES, 2006a, p.320, grifos do autor).

Não seria exagerado afirmar que a indústria fonográfica é a que mais tem, consecutivamente, sofrido o impacto dessas novas

tecnologias, simbolizado pela criação de softwares de compartilhamento de arquivos, como o pioneiro *Napster* e os atuais *Kazaa* e *eMule*, baseados na tecnologia peer-to-peer (P2P) e afins:

Enquanto pequenos grupos de hackers radicais começaram campanhas de violação dos direitos autorais, distribuindo música, vídeos, textos e programas de graça na internet sob o lema “a informação quer ser livre”, grandes movimentos espontâneos menos conscientes e menos radicais tomavam conta de um público mais amplo. Entre esses movimentos, o de maior impacto, sem dúvida, foi a formação da comunidade Napster.

O Napster era um programa “ponto a ponto” desenvolvido em 1999 pelo estudante Shawn Fanning que buscava superar a dificuldade de encontrar música em formato MP3 na internet. Até então, as músicas em formato MP3 eram disponibilizadas principalmente por meio de servidores FTP que, em geral, ficavam no ar apenas até uma grande gravadora encontrar o servidor e enviar uma mensagem ameaçando deflagrar um processo judicial. Para superar essa dificuldade, Fanning projetou um sistema ponto a ponto, em que usuários poderiam acessar arquivos em pastas compartilhadas em computadores de outros usuários através de links recolhidos por um servidor. Assim, suprimia-se a mediação dos servidores que armazenavam arquivos. Os arquivos de música ficavam no computador de cada usuário e o servidor do Napster apenas disponibilizava os links de acesso a eles. O Napster trazia uma concepção inteligente que descentralizava o armazenamento dos arquivos. Com isso, criava uma situação legal ambígua. Não se tratava mais de um grande servidor distribuindo música, mas de uma rede de usuários trocando genericamente arquivos de música entre si (ORTELLADO, 2002, p. 7).

Ainda se subestima o impacto dessa explosão da informação, conduzida através dos novos meios de comunicação e tecnologias, sobre a subsistência do direito autoral. As possibilidades ilimitadas de infringência da legislação autoral, outorgadas a qualquer usuário da *World Wide Web*, são resumidas pelo teórico precursor da assim chamada “cultura livre” e incentivador das *Creative Commons*, Lawrence Lessig, como uma arquitetura do “copiar e colar”, onde se torna possível localizar, em segundos, uma imagem “protegida” pelo *copyright* e, em seguida, usá-la em qualquer apresentação particular (LESSIG, [s.d.], p.113). Inclusive, o movimento das comunidades de criação e do *software livre* levou o ex-ministro da Cultura, Gilberto Gil, a considerá-lo uma verdadeira “reforma agrária no campo da propriedade intelectual” (ASSIS, 2004, p. E1).

Nesse contexto, vale referir as ideias de juiz federal cearense, que, ainda no século passado, já propusera a licitude da reprodução não autorizada de obras literárias, pela Internet, de acordo com a destinação dada ao produto pelo consumidor. Segundo essa orientação, nos casos em que a reprodução implicar o auferimento de lucro direto ou indireto – como nos casos das empresas que comercializam essas obras pela rede, como provedores de acesso, empresas de programação e titulares de sítios eletrônicos que cedem espaço para publicidade –, o pagamento dos direitos autorais seria devido. De outra sorte, nas hipóteses em que o usuário da Internet utiliza a obra sem finalidade lucrativa, não subsiste razão para limitar a reprodução da obra (LIMA, 1997).

Não parece ser a solução adequada, para resolver o embate teórico-prático sob comento, o endurecimento da legislação autoral, com o aumento de figuras ilícitas e o agravamento das sanções respectivas. Melhor seria, com efeito, abrir o sistema paulatinamente, ampliando ou reinterpretando as hipóteses de limitação aos direitos de autor, abandonando-se o raciocínio vetusto que presume a ocorrência de prejuízo em qualquer reprodução não autorizada pelo autor. Afinal, o uso pessoal de uma faixa de música no formato MP3, “baixada” por um internauta, não significa que ele deixará de adquirir, nas lojas, o álbum inteiro, ou assistir ao show do artista, devendo ser levada em consideração, antes de punir a conduta, a existência de variáveis socioeconômicas e político-culturais.

Por isso é que nos parece temerária a tipificação de crimes eletrônicos no nosso país, que vem sendo recentemente discutida com a apresentação do Projeto de Lei de Crimes de Informática (“AI-5 Digital”) e do PL n.º 5.361/2009, de autoria do Deputado Federal de São Paulo, Bispo Ge Tenuta, que pretende alterar a LDA para a inserção de novos tipos penais e a pena “restritiva de acesso à Internet” (MILAGRE, 2009).

Tais deliberações legislativas parecem contraproducentes, à medida que, no Brasil, a pirataria, por exemplo, é uma prática socialmente aceita, que democratiza o acesso à informação, gera trabalho e renda, ainda que na informalidade, e garante o sustento de muitas famílias. Sem falar que, com os movimentos de libertação cultural em voga, muitos autores já autorizam tal reprodução, visando à ampla divulgação de sua obra, como já ocorreu com inúmeras bandas estrangeiras, a exemplo do Radiohead, que disponibilizaram álbuns inteiros gratuitamente. Por isso, em tese, seria até possível a alegação de erro de proibição em relação a tais crimes, visto que sua noção de antijuridicidade foi totalmente diluída no meio social.

Para finalizar, merece transcrição integral a opinião de Ortellado (2002, p. 9) sobre as perspectivas do direito autoral após o *boom* da rede mundial de computadores:

Hoje, o movimento pelo copyleft, pela livre circulação da cultura e do saber ampliou-se muito além do universo dos programadores. O conceito de copyleft é aplicado na produção literária, científica, artística e jornalística. Há ainda muito trabalho de divulgação e esclarecimento a ser feito e é preciso que discutamos politicamente os prós e os contras dos diferentes tipos de licença. Precisamos discutir se queremos conciliar a exploração comercial com a utilização não comercial livre ou se devemos simplesmente nos livrar dos mecanismos de difusão comercial de uma vez por todas; precisamos também discutir questões relativas à autoria e à integridade da obra, principalmente numa época em que o sampleamento e a colagem constituem formas de manifestação artística importantes; temos, finalmente, que discutir as inúmeras peculiaridades de cada tipo de produção adequando a licença ao que estamos fazendo (a ênfase na possibilidade de modificação de um programa de computador tem pouco cabimento quando aplicada à produção científica, etc.). Esse trabalho não é o trabalho de imaginar um mundo possível, mas de passar a construí-lo, aqui e agora.

Diante de tamanha crise de legitimidade, validade e eficácia do direito autoral em vigor, impende que se faça uma filtragem constitucional do discurso jurídico autoralista, que se tornou tão distanciado do “mundo circundante” (*Umwelt*), como ensinara Heidegger.

## 2 Resgatando a vocação constitucional dos direitos de autor

No âmbito do direito autoral, diz-se que é bastante perceptível a existência de um conflito jurídico entre o interesse privado, relativo à exploração econômica da propriedade autoral, e o interesse público, relativo à livre difusão do conhecimento na comunidade social. Nada obstante, como se verá mais adiante, o maniqueísmo que dá suporte a essa afirmação não é isento de críticas, posto que a dicotomia entre interesse privado x interesse público, subjacente à própria divisão entre direito privado x direito público sobre a qual a ciência jurídica alicerçou-se, desde Roma, não é mais condizente com a proposta de concretização dos direitos fundamentais no Estado Social. Como bem pontua Portella (2006, p. 164), “a Constituição Federal de 1988 reflete, pois, as duas dimensões essenciais do ser humano, a da individualidade e a da socialidade, as quais devem ser equilibradas, harmonizadas, com vistas à consecução do valor supremo da dignidade da pessoa humana”.

Ademais, muito se fala, em sede doutrinária, acerca da constitucionalização do direito privado. Mais do que um fenômeno essencialmente legislativo, vinculado à técnica de cláusulas gerais adotada pelas novas codificações privatistas, parece-nos que a grande mudança de postura dos juristas radica-se no campo da nova hermenêutica constitucional. Para Facchini Neto (2003, p. 37-39, grifos do autor), outrossim, a constitucionalização do direito privado pode ser encarada, em sentido mais moderno, sob dois enfoques:

No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a serem (sic) disciplinados também nas constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais. É o fenômeno de *relevância constitucional das relações privadas*. [...]

Numa segunda acepção, que costuma ser indicada com a expressão *constitucionalização do direito civil*, o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, à distinção entre princípios e regras, à interpretação conforme à Constituição, etc.

Esse segundo aspecto é mais amplo do que o primeiro, pois implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais.

Num contexto de pós-positivismo, como o que se costuma vincular à contemporaneidade, o papel central na modificação do direito substancial não incumbe ao Poder Legislativo, como na era positivista, mas sim ao Poder Judiciário. Essa idiossincrasia dos aplicadores do direito é bem identificada por Lôbo (1999, p. 100):

Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).

Conforme a dicção de Tepedino (1999, p. 7),

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao código civil e a império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da famí-

lia, matérias típicas de direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.

Além da ocupação do vértice do sistema pelas regras constitucionais, de maneira a dar harmonia e concordância prática ao todo, outros sintomas definem a ruptura de paradigma supra-aludida. O direito privado descentraliza-se, abandonando o Código Civil a sua posição central, antes conformada “como o sol dentre os demais astros da Via Láctea”, e é a Constituição que passa a irradiar sua luz sobre as normas jusprivatistas. Estas começam a migrar da legislação codificada para a legislação extravagante, cujas leis especiais, por sua vez, dispõem de plena autonomia de princípios e de um arcabouço autossuficiente de regras cíveis, penais e administrativas, tanto materiais como processuais:

Diante de tais circunstâncias, que se reproduzem em diversos países europeus, o Professor Natalino Irti, da Universidade de Roma, anunciou a chamada “era da descodificação”, com a substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado pelos estatutos, verdadeiros microssistemas do direito privado (TEPEDINO, 1999, p. 11).

A própria LDA, aliás, é um grande exemplo dessa tendência, agravada após a edição da Constituição de 1988, enquanto ainda vigia o Código Civil de 1916. Inicialmente através da Lei n.º 5.988/73, e em seguida pela Lei n.º 9.610/98, o direito autoral emigrou do bojo do vetusto Código Beviláqua, onde era tratado no livro dos direitos reais, na condição de propriedade literária, artística e científica, e ganhou autonomia legislativa e científica.

Contudo, o legislador nacional envereda no caminho contrahistórico da recodificação – oposto, diga-se mais uma vez, à lógica sistêmica descentralizadora que então prevalecia –, consumado com a final promulgação do Projeto de Código Civil capitaneado por Miguel Reale, mediante a publicação da Lei n.º 10.406, em 10 de janeiro de 2002.

Sem embargo, a noção de codificação é completamente alterada, em relação à concepção que grassava desde o florescimento do liberalismo burguês através do *Code Civil des français*, de 1804. Assim é que o Código Civil brasileiro, de 2002, abandona os dogmas da exclusividade e da completude, convivendo pacificamente com os estatutos especiais vigentes, tendo como fiel da balança a Constituição. Nesse sentido, o direito civil codificado, para poder sobre-

viver num tal panorama de fragmentariedade do direito privado, adota, por conseguinte, a técnica de cláusulas gerais, que alavanca um processo de despatrimonialização e repersonalização do direito privado.<sup>3</sup>

Tendo como primazia a dignidade humana, e embebido nos novos princípios regentes do direito privado, a saber, a eticidade<sup>4</sup>, a socialidade<sup>5</sup> e a operabilidade<sup>6</sup>, é que se almeja reconstruir o direito civil dos dias atuais e, conseguintemente, suas especializações, tais como o direito autoral. Constituindo matéria recentíssima na seara civilista, ainda muito pouco estudada no Brasil, como se depreende da circunstanciada análise dos fluxo-

<sup>3</sup> "Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanações. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações, sendo substituído pela consideração com a pessoa humana). Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade, que o novo Código civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil" (FACCHINI NETO, 2006, p. 34-35, grifos do autor).

<sup>4</sup> "[...] se o Código Civil de 1916 já trazia consigo disposições que protegiam aquele que agia com boa-fé, numa alusão de caráter individual – interna à sua relação jurídica pontual – com a lanterna de guia da Carta Magna, princípio da eticidade iluminou o legislador do Código Civil de 2002, fazendo com que novas regras fossem embutidas para a proteção e realização de uma sociedade mais justa e equilibrada, haja vista que somente através da vigência de preceitos éticos do sistema será possível fazer valer o desejo de proteger concretamente a dignidade humana, em toda sua extensão. A nova forma de interpretação do Código Civil, impulsionado pela Constituição Federal de 1988, aponta para a interpretação de que a valorização do indivíduo não ficará apenas na garantia de tratamento humanitário e respeito à sua integridade física, pois o princípio da dignidade humana vai mais além e prima pela vivência com valores ético-jurídicos" (MAZZEI, 2005, p. CXIV).

<sup>5</sup> "Em curtas linhas, com o princípio da socialidade afasta-se a concepção de que o Direito Privado tem os olhos voltados apenas para o cilindro fechado das relações entre os particulares, pois esses vínculos têm também uma conotação que interessa à sociedade, razão pela qual se permite a intervenção estatal em hipóteses determinadas em lei" (MAZZEI, 2005, p. CXVI).

<sup>6</sup> "Com o princípio da operabilidade, buscou o legislador civil que as matérias dispostas no Código Civil fossem de fácil aplicação, não causando embaraço na sua execução. Para tanto, o Código Civil de 2002 se utilizou de duas estratégias diferentes: (1) a abertura de acessos para facilitar a interpretação do Código Civil; e (2) afastar controvérsias que pudesse surgir de institutos privados constantes na codificação" (MAZZEI, 2005, p. CXXIII).

gramas dos cursos universitários de Direito, nos quais raramente o direito autoral é ensinado como disciplina autônoma, sequer na condição de cadeira eletiva, os direitos de autor precisam ser repensados com base no *ethos* constitucional e nos novos princípios gerais de direito privado preconizados pelo Código de 2002: boa-fé objetiva, vedação do abuso de direito, função social e equilíbrio econômico.

É preciso, neste passo, dissociar o processo de *publicização* do de *constitucionalização do direito privado*, nomenclatura que parte da doutrina confunde. A publicização corresponde ao dirigismo estatal dos negócios privados, reduzindo o espaço da autonomia jurídica através da intervenção do Poder Público em nível infraconstitucional, normalmente para a tutela dos hipossuficientes, ao passo que a constitucionalização segue o caminho oposto, remetendo o direito infraconstitucional aos fundamentos de validade estabelecidos na Constituição; “enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil” (LÔBO, 1999, p. 101-102).

Incontestável, portanto, o despontar da disciplina do Direito Autoral-Constitucional, que deve passar a ser sistematicamente estudada para a redefinição do copyright na sociedade da informação. De acordo com a doutrina especializada, assim como sucede com a debatida tendência de constitucionalização do direito civil, o direito autoral também necessita abrir suas comportas à tutela da dignidade humana, para efetivação dos direitos morais do autor (MORAES, 2006b, p. 80). Todavia, mais ainda do que isso, também os direitos patrimoniais do autor, com o referido fenômeno, passam a cingir-se à garantia dos direitos fundamentais em jogo, como se demonstrará a seguir.

## 2.1 Programa autoralista da Constituição Econômica: do direito fundamental à propriedade intelectual

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao direito de propriedade intelectual, previsto no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, o *status* de direito fundamental:

O art. 5º, XXVII, que assegura o direito autoral, contém duas normas bem distintas. A primeira e principal confere aos autores o *direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras*, sem especificar, como faziam as constituições anteriores, mas, compreendendo em conexão com o disposto no inc. IX do mesmo artigo, conclui-se que são *obras literárias, artísticas*,

*científicas e de comunicação*. Enfim, aí se asseguram os direitos do autor de obra intelectual e cultural, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado *direito de propriedade intelectual*, que compreende *direitos morais e patrimoniais*. A segunda norma declara que esse direito é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (SILVA, 2004, p. 274-275, grifos do autor).

A Constituição, na referida norma, assegurou, expressamente, aos autores os direitos patrimoniais decorrentes da exploração econômica de suas obras, deixando implícita, contudo, a garantia dos direitos extrapatrimoniais do autor. Sabe-se que o direito autoral possui dupla dimensão: a) *personalíssima*, que abrange os direitos morais ou pessoais de autor, correspondentes aos direitos autorais de personalidade (reivindicação, paternidade, inédito, integridade, modificação, retirada, acesso a exemplar único e raro da obra), atualmente previstos no art. 24 da LDA, considerados pelo art. 27 “inalienáveis e irrenunciáveis”; e b) *patrimonial*, que abrange o direito de propriedade autoral propriamente dito, o qual garante a exclusividade de utilização, fruição, disposição e reivindicação da obra, prevista no art. 28 da LDA, e os demais direitos de exploração econômica da obra (reprodução, edição, adaptação, tradução, inclusão, distribuição, representação, entre outros), previstos no art. 29 da LDA.

Desse modo, o direito autoral, subespécie dos direitos intelectuais, em que também se inclui o direito de propriedade industrial – “primo rico” do direito autoral, como se tem asseverado jocosamente –, expressa-se tanto como direito patrimonial quanto como direito pessoal. De acordo com a ilustre opinião de Ascensão (1997, p. 129), a terminologia “direito pessoal” é mais precisa do que o termo de origem francesa, “direito moral”<sup>7</sup>, o qual tem feição ética estranha aos direitos de autor. Em contraste com a doutrina autoralista mais atualizada, que inclui os direitos sub-

<sup>7</sup> Avalizando, porém, a terminologia adotada pelo legislador, encontra-se a doutrina de Cavalieri Filho (1998, p. 44, grifos do autor): “Quanto ao primeiro – direito moral do autor – o nome foi usado pela primeira vez por André Morillot em 1872, para indicar as prerrogativas que tem a personalidade do autor sobre sua criação intelectual [...]. Alguns autores preferem chamá-lo, com razão, de *direito imaterial do autor*, ou *direito pessoal*, em face do sentido restrito que o termo moral tem em nosso direito. A terminologia – Direito oral do Autor –, todavia, está consagrada universalmente, de modo a desestimular qualquer tentativa de mudança. Basta que tenhamos em mente que o termo moral não é aqui utilizado no tradicional sentido do *dano moral*, vinculado a sentimento de tristeza, dor, vexame, sofrimento e humilhação. Não, quando a lei fala em direito moral do autor está se referindo àquele direito que decorre da manifestação da sua personalidade, emanação do seu espírito criativo, sem levar em conta qualquer conteúdo econômico”.

jetivos de autor no rol dos direitos de personalidade<sup>8</sup>, o mesmo autor sustenta que

[...] os direitos pessoais não são direitos de personalidade. Embora mantenham uma ligação, ao menos genética, aos direitos de personalidade, afastam-se estes no seu âmbito de tutela e no seu regime. Por isso, são admitidos negócios sobre direitos pessoais que não seriam admitidos sobre os direitos de personalidade (ASCENSÃO, 1997, p. 130).

Para os fins do presente estudo, porém, não serão abordados os direitos pessoais de autor, e tanto o direito de propriedade intelectual *stricto sensu* (art. 28 da LDA) quanto os demais direitos patrimoniais do autor (art. 29 da LDA) serão denominados genericamente de *direito de propriedade autoral*. E embora não se olvide a importância dos direitos morais – os quais, para Moraes (2006b, p.84), defensor da “repersonalização do direito autoral”, assumem dimensão central na tutela dos direitos intelectuais –, aqui nos ateremos, principalmente, ao direito de propriedade autoral, com o objetivo de desvendar o tratamento dos direitos autorais prescritos pela Constituição Econômica, em sua acepção formal.<sup>9</sup>

O programa econômico conferido pelo constituinte ao direito de propriedade atesta a premente necessidade de funcionalização dos direitos autorais, consoante defendido por Lôbo (1999, p. 107):

A concepção de propriedade, que se desprende da constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio

<sup>8</sup> Vide, por todos: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil: parte geral* (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.178. V. I; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim; coord. Renan Lotufo), p.130-132; e MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. 2006(b). 340 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 68.

<sup>9</sup> Scuff (2003, p. 261, grifos do autor) distingue três conceitos de ordem econômica: “(1) o de *ordem econômica*, que diz respeito às normas inscritas na Constituição de um país sob esta rubrica; (2) o de *constituição econômica formal*, que alcança o de ordem econômica e o amplia, alcançando todas as normas que dizem respeito à matéria econômica em uma Constituição; e o de (3) *constituição econômica material*, onde o vocábulo “constituição” não corresponde ao de norma fundamental de um país, pois extrapola seus limites alcançando todas as normas que organizam a economia”.

sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de *software* transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.

Ao tratar do regime constitucional dos direitos autorais, Bittar (1999, p. 37) também nota a ênfase atribuída pelo Constituinte de 1988 ao aspecto patrimonial, em detrimento do aspecto pessoal, que para ele deveria ter sido positivado:

Inobstante esses pronunciamentos [menção aos autores que reconhecem a fonte constitucional dos direitos morais do autor] – e que têm prevalecido na prática, pois parte (sic) de insignes juristas –, *data venia*, consideramos insuficiente e injustificado o posicionamento atual da questão. A nosso ver, o direito moral deve ser previsto por expresso nas Constituições. Impõe-se, para nós, em nível constitucional, a consagração do direito moral de autor, para que se torne também uma das liberdades públicas, tendo sido perdida a oportunidade na Carta de 1988 (BITTAR, 1999, p. 44).

*Excelsa maxima venia*, o argumento do autor, quanto à necessidade de previsão explícita dos direitos de personalidade do autor, para que tais interesses possam ser preservados pela ordem constitucional, é insustentável, à medida que o asseguramento desses bens jurídicos, por meio do inciso XVII do art. 5º da Constituição, é uma decorrência lógica do princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Além dessa justificativa teórica, existe um argumento prático que demonstra a insubsistência da tese. A garantia constitucional de exploração econômica da obra restaria inócuia se não fosse também tutelado o direito de menção (expressão do direito moral de *paternidade*), do qual decorrem, do ponto de vista processual, as condições da ação, relativas à *legitimidade ad causam* e ao *interesse de agir*, para ingresso de demanda para reparação dos danos morais e materiais eventualmente ocasionados pela violação aos direitos de autor.

Contudo, a opinião de Bittar procede, no que pertine à prevalência do aspecto patrimonial dos direitos autorais segundo a ótica da Carta Magna. Certamente ainda imerso no paradigma liberal-patrimonialístico do Código Civil de 1916 e da LDA derrogada, de 1973, que ainda vigiam quando da promulgação da Carta Cidadã, o Constituinte de 1988 aderiu à concepção da

natureza jurídica do direito autoral como um direito real<sup>10</sup>, entendido, portanto, como um *direito de propriedade literária, artística ou científica*.

Tradicionalmente, estuda-se o direito de propriedade com base nos quatro poderes assistidos ao proprietário: *jus utendi, fruendi, abutendi e reivindicandi*. O Código Civil de 2002 repetiu a doutrina romântica milenar, ao verberar, no art. 1228, que "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

A grande polêmica, destarte, consiste em saber em que medida o não exercício dessas faculdades proprietárias implica violação à função social da propriedade. Essa *questio vexata* revela-se ainda mais tortuosa no campo jusautoralista, onde se asseguram ao autor certos direitos personalíssimos, pelos quais lhe é dado o direito, por exemplo, de furtar-se à exploração econômica da obra, mantendo-a impublicada, ou, até mesmo, de retirá-la de circulação, quando a utilização afrontar sua reputação ou imagem. Trata-se, respectivamente, dos direitos de *inédito* e de *arrependimento*, assegurados na LDA, art. 24, incisos III e VI.

Em face de tais direitos subjetivos, inalienáveis e irrenunciáveis (e, a despeito da omissão do art. 27 da LDA, imprescritíveis), per-

<sup>10</sup> Em consonância com o magistério de Ascensão (1997, p. 601-609), existem as seguintes correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do direito autoral: a) *teoria personalística*: classifica o direito autoral como um direito de personalidade. Subdivide-se na corrente monista, que só vislumbra o aspecto pessoal na relação jusautoralista, e a dualista, que acolhe tanto a dimensão pessoal quanto a dimensão patrimonial dos direitos de autor (esta última parece ser a teoria albergada pela LDA); b) *teoria patrimonialística*: reduz o direito autoral à realidade meramente patrimonial, considerando-o um direito real (esta parece ser a teoria adotada pela Constituição Federal). Ascensão critica tal corrente ao argumento de que a obra não é suscetível de apropriação exclusiva, razão pela qual não poderia induzir o direito de propriedade; c) *teoria da propriedade intelectual ou espiritual*: posição alemã, parte do pressuposto de que o direito autoral trata-se de direito real diferenciado, porquanto a coisa apropriada é a criação do intelecto humano, bem espiritual que não se submete às mesmas vicissitudes da propriedade material comum; d) *teoria do direito sui generis*: corrente que, à falta de melhor categorização jurídica para o direito autoral, considera-o um *tertium genus*, para alguns denominado "direito intelectual". Apesar da crítica de Ascensão, de que essa teoria é contraprodutiva, por recorrer a um artifício terminológico sem fornecer a devida configuração do direito autoral, acredita-se que seja o pensamento mais adequado, devido à especificidade do objeto e dos princípios que regem o direito autoral, que reclamam sua autonomia jurídica. Importante notar que a classificação de Ascensão não esgota as teorias que, na atualidade, versam sobre a dinâmica natureza do direito autoral, reputando-o ora como direito real, ora como direito obrigacional, ora como direito do trabalho, ora como direito do consumidor, entre outras.

gunta-se: será que, eventualmente, o exercício desses direitos de personalidade não atentaria contra o princípio da função social, ao atingir o direito de terceiros ao acesso à informação e à cultura?

Diante de tudo quanto exposto, ficam claros os “gargalos principiológico-axiológicos” em que invariavelmente se desemboca, quando se consideram os direitos fundamentais do autor. A despeito da expressa previsão legal dos direitos morais de autor, devido ao corte metodológico aqui procedido, somente se avaliarão os *direitos patrimoniais de autor*, conforme a natureza jurídica de propriedade intelectual conferida pelo Texto Maior. Não obstante essa opção teórico-legislativa consagre, apenas, uma das dimensões dos direitos de autor, é justamente nesse *locus* que dormitam as maiores controvérsias, seja por admitir o exercício da autonomia privada, seja por se imbricar na polêmica questão da função social.

### **2.1.1 Do princípio da função social aplicado à propriedade e aos contratos intelectuais**

Em sendo os direitos patrimoniais do autor enquadrados segundo a natureza jurídica de direito de propriedade pela Constituição, tal direito só se justificará à medida que for atendido o pressuposto de validade objetivado no art. 5º, inciso XXIII, do Texto Maior, que verbera que “A propriedade atenderá a sua função social”.

Além disso, a própria Constituição, ao elencar como princípios gerais da atividade econômica, no art. 170, incisos II e III, respectivamente a propriedade privada e a função social da propriedade, evidencia que a ordem econômica nacional, baseada no modo de produção capitalista, funda-se na livre iniciativa. Mas a propriedade privada não tem caráter absoluto e precisa ser funcionalizada, sob pena de não ser tutelada pela ordem constitucional.

Outrossim, o Código Civil de 2002, ao dispor explicitamente sobre a propriedade, no art. 1.228, § 1º, regulamentou o inciso XXIII do art. 5º da CF, traçando o perfil da funcionalização da propriedade. Embora este dispositivo seja mais invocado no âmbito da propriedade imobiliária, também se revela extensível à propriedade intelectual:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico.

rico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Comentando sobre o conteúdo da função social da propriedade, na acepção de direito real estabelecida pelo CC/02, Rizzato (2004, p.178) aduz:

Os poderes assegurados ao proprietário cedem ante outros direitos mais preponderantes e vitais, forçosamente reconhecidos em razão do direito natural. Assim, se uma determinada quantidade de pessoas se estabeleceu em certa área, lá erguendo suas moradias, e não se lhe proporcionando qualquer outra oportunidade de para fixar a residência, é de direito que se proclame a função social da propriedade, a merecer a tutela estatal, que encontra respaldo no próprio direito à vida, pois, repetindo o bispo Dom Helder Câmara, se existe uma lei de propriedade privada, existe o direito a uma casa própria. Foi com vistas a princípio desta ordem que se pretende vigore, com o Código Civil de 2002, o § 4º do art. 1.228, encerrando que “o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nella houverem realizado, com conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

Observe-se que, de acordo com Ferraz Junior (1998, p. 13), a função social, mais do que um fundamento de validade de institutos jurídicos, tais como a propriedade ou o contrato, é uma *necessidade zetética* a ser observada por toda a dogmática jurídica, que somente se tem voltado, ao longo dos tempos, para duas ordens de preocupação, a saber, os antecedentes históricos e a parte sistemática:

Neste sentido, uma problematização da Dogmática urge nos dias de hoje. Tal problematização, entretanto, não significa a substituição da Dogmática por uma problemática, mas uma proposição de novas bases para a reflexão sobre sua função e sobre seu próprio conceito” (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 12).

Já tivemos, aliás, oportunidade de preconizar, em outro trabalho, uma abordagem zetética da Dogmática autoralista, como solução para o estado de crise dos direitos autorais:

Hoje, o direito autoral, para não ser “letra morta”, pressupõe uma abertura axiológica para as demandas de uma sociedade *online* que, cada vez mais, se inter-relaciona intersubjetivamente em função dos processos da informática.

A fim de que as regras autoralistas sejam providas de alguma eficácia social, é mister que os problemas atuais desse campo da Ciência Jurídica sejam trazidos para o diálogo entre autores, financiadores e consumidores, para que, encarados zeteticamente, possam ser superados de modo democrático e conciliador (BARBUDA, 2009, p.203, grifo do autor).

A funcionalização da dogmática autoralista, portanto, pressupõe ampla revisão da propriedade intelectual e dos negócios jurídicos correlatos, à luz da função social que devem exercer. Segundo uma ótica tópico-problemática, torna-se possível, por conseguinte, a restrição aos direitos de autor, para além dos limites legais, segundo avaliação casuística, a ser implementada pelo julgador, levando em consideração os vetores hermenêuticos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Parte da doutrina vê na função social meras restrições aos direitos patrimoniais do autor:

a função social do Direito Autoral guarda relação direta com as limitações impostas ao mecanismo autoral. Na realidade, as limitações têm o objetivo primordial de restringir o exercício do Direito Autoral à sua função ("social"), evitando criar uma vantagem excessiva para o autor em prejuízo da sociedade. Desse modo, função social e limitações, quando relacionadas ao Direito Autoral, estarão umbilicalmente ligadas ao equilíbrio entre interesse individual e coletivo (TEIXEIRA, 2008, p. 42).

No entanto, o setor mais avançado da doutrina autoralista tem afastado a noção de função social como mero limitador do exercício da propriedade, embutindo o referido princípio na própria estrutura do direito de propriedade autoral:

não raras vezes, o princípio da função social da propriedade tem sido mal definido pela doutrina brasileira, obscurecido pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Porém, não se confundem. Limitações dizem respeito a exercício desse direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo, levando em consideração os interesses da coletividade em detrimento do direito individual (REIS, 2008, p. 155).

Hoje, a função social representa um componente estrutural da propriedade, revelando-se em seu aspecto interno (LOUREIRO, 2003, p. 110). Dessa forma, a propriedade não mais se ergue de maneira absoluta, como no paradigma liberal da autonomia da vontade,

mas, pelo contrário, amiúde se relativiza em face da ocorrência de outros direitos fundamentais, que também merecem a atenção da Constituição. Estes são denominados por Tepedino (1999, p. 286-287) de *contradireitos* e se definem como centros de interesses aos quais o direito de propriedade tem de se conformar. Assim é que a limitação intraestrutural da propriedade, relativa à função social, aparece, *exempli gratia*, no confronto com meio ambiente, defesa do consumidor, proteção da família e do idoso, saúde, segurança, lazer, relações de trabalho etc. (LOUREIRO, 2003, p. 113).

No que tange aos direitos autorais patrimoniais, além dessas restrições subjetivas e casuísticas, decorrentes da tutela constitucional dos direitos fundamentais de terceiros, individuais e coletivos, a própria LDA estabeleceu restrições objetivas e gerais, tais como as excludentes de configuração de obras e de violações às obras (arts. 8º, 46, 47 e 48) e a limitação temporal de exploração da obra até a caída em domínio público (arts. 41 a 44).

Já para outra corrente doutrinária, existiriam restrições *intrínsecas* e restrições *extrínsecas* ao direito de autor. Somente em relação às últimas é que haveria a incidência do princípio da função social, já que as primeiras decorreriam da própria estrutura legal, como explica Carboni (2006, p. 97):

Normalmente, confunde-se a regulamentação da função social do direito de autor com as limitações e exceções ditadas em lei. Entendemos, porém, que tais limitações e exceções não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais.

Por essa razão, defendemos uma regulamentação mais abrangente da função social do direito de autor, de forma a abranger não apenas as limitações previstas em lei, mas também outras limitações relativas à estrutura do direito de autor (aqui chamadas “restrições intrínsecas”), bem como as que dizem respeito ao seu exercício (aqui denominadas “restrições extrínsecas”).

Como “restrições intrínsecas”, deverão ser consideradas as limitações estabelecidas em lei, bem como o próprio objeto e a duração do direito de autor. As “restrições extrínsecas” dizem respeito à aplicação ao direito de autor da função social da propriedade e dos contratos, da teoria do abuso de direito e das regras sobre desapropriação para reedição ou divulgação da obra intelectual. Todas essas restrições têm como intuito regular a função social do direito de autor.

No entanto, em sede de direitos autorais, afigura-se possível a conjugação de todas essas concepções doutrinárias, que não são incompatíveis entre si. Consoante tal proposição, a função social

desmembra-se em seus dois aspectos, o da *função* e o *social*. Pela ótica da *função*, a propriedade autoral funcionaliza-se de maneira intrínseca, posto que as limitações ao direito de autor são criadas pelo próprio legislador, como já analisado alhures, prendendo-se à consecução de interesses coletivos ou particulares de ordem superior. Por outro lado, ao focar o elemento *social*, a propriedade autoral absorve as demandas envidas pelos centros de interesses sociais, funcionalizando-se de maneira extrínseca. Nesse sentido, a função social operaria tanto *ope legis* (elemento interno), para estruturar a própria definição da propriedade intelectual, como *ope iudicis* (elemento externo), limitando-a pelo controle judicial.

As consequências práticas, advindas da filiação a uma ou outra corrente acerca da posição da função social no direito de propriedade, são bem delineadas por Loureiro (2003, p. 124):

Ressalte-se, aqui, que discussão sobre a natureza da função social – interna ou externa à relação jurídica – não é neutra e produz efeitos relevantes. Para aqueles que vêem a propriedade ainda como um direito subjetivo e a função social como uma limitação externa, aplica-se o princípio da legalidade. As restrições e limitações devem sempre ser impostas por lei. Ao invés, para aqueles que enxergam a propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, as chamadas restrições e especialmente a função social constituem o próprio conteúdo do instituto, podendo, pois, derivar da natureza das coisas ou de ato administrativo.

Grau (2004, p. 214) pontifica, por seu turno, que a função social da propriedade contida no art. 170, III da CF/88, em se tratando de diretriz ou princípio constitucional impositivo incidente sobre a ordem econômica, e, portanto, sobre a propriedade como bem de produção, difere da função social da propriedade contida no art. 5º, XXIII, que para ele não se justificaria, vez que aí se depara o direito individual de propriedade, cuja *função* não seria *social*, mas eminentemente *individual*:

Não se resume, no entanto, a função social de que cogitamos, a incidir pronunciadamente sobre os bens de produção, afetando também a propriedade que excede o quanto caracterizável como propriedade tangida por função individual. Entenda-se como excedente desse padrão especialmente a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se destina.

Posso assim, sopesando as ponderações que venho desenvolvendo, concluir que fundamentos distintos justificam a propriedade dotada de função individual e propriedade dotada de função social.

Encontra justificação, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família; daí por que concorre para essa justificação a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança.

Já a propriedade dotada de *função social* é justificada pelos seus *fins*, seus serviços, sua função (GRAU, 2004, p. 216, grifos do autor).

Inobstante a cultura jurídica do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, sua tese não é, de todo, isenta de críticas. O direito individual de propriedade, inclusive o do autor, carece de atendimento de sua função social para ser tutelado. A grande questão que se coloca, porém, é se essa funcionalização implica a observância somente de deveres negativos (*non facere*), ou se também de deveres positivos (*facere*).

Ainda de acordo com Grau, só o proprietário de *bens de produção* é que se sujeitaria a obrigações positivas, inerentes ao cumprimento da função social econômica:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de polícia* (GRAU, 2004, p. 222, grifos do autor).

Contudo, parece-nos que, em se tratando de função social dos direitos de autor, a previsão de deveres positivos somente para os titulares de bens de produção, em detrimento dos titulares de bens individuais, vai de encontro à feição constitucional do princípio da função social e ao paradigma da socialidade que alimenta o atual direito privado. Além disso, os direitos patrimoniais do autor, para se poderem considerar funcionalizados, devem admitir eventual restrição do campo de sua autonomia privada em razão tanto de deveres de abstenção ou tolerância (obrigações negativas) quanto de deveres de ação (obrigações positivas).

Os efeitos das novas tecnologias no nosso cotidiano, no contexto da hodierna sociedade da informação, reclamam a funcionalização da propriedade autoral, o que é identificado por Studer e Oliveira (2006, p. 74-75, grifos dos autores):

Além da função social da propriedade imóvel ou móvel, a lei também defende a propriedade intelectual, po-

ré, em tempos de *Internet* aumentou-se a necessidade das pessoas à informação, e a prontidão em se fazer cópias, sem qualquer compromisso com o autor intelectual. O acesso à informação e ao uso desta informação, que num primeiro momento poderia ser vista apenas como cópia, em contraposição a proteção dos direitos autorais, faz parte da nossa estrutura evolutiva, ante o impacto que a *Internet* tem sobre as nossas vidas, como ser social e integrado. Portanto vislumbra-se também o aspecto da função social da propriedade intelectual na época da *Internet*.

Nesse tortuoso, polêmico e emergente campo do Direito Virtual, merece ser citada, pelo menos, a tese que avalia a usucapião de direitos autorais no espaço da Internet – embora nela haja, ainda, algumas inconsistências técnico-jurídicas<sup>11</sup> –, que se configura como bom exemplo de aplicação da função social à propriedade intelectual.

De acordo com Brant (2007), por se tratarem os direitos autorais de bens móveis, nos termos do art. 3º da LDA, eles se sujeitariam à usucapião ordinária do art. 1260 (que pressupõe três anos de posse mais justo título e boa-fé) ou à usucapião extraordinária do art. 1261 do CC (que pressupõe cinco anos de posse, independentemente de justo título e boa-fé). O exemplo dado pelo referido autor é o dos domínios virtuais (endereços ou sítios eletrônicos, ou ainda, segundo a terminologia inglesa, *websites*), os quais, na medida em que constituem propriedade intelectual, passível de registro pelo INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), poderiam ser passíveis à incidência de prescrição aquisitiva (usucapião).

Essa construção jurídica, todavia, não é bem aceita em *terrae brasilis*, como relata Cavalieri Filho (2001, p. 50, grifos do autor):

tanto a doutrina como a jurisprudência não admitem a via possessória para a defesa do direito autoral. A pos-

<sup>11</sup> Não existe, no ordenamento jurídico-civil nacional, a figura da posse de direitos autorais, razão pela qual a aquisição da propriedade autoral não se poderia consumar através da usucapião, que tem como um dos requisitos a posse mansa e pacífica do bem. A convolver esse entendimento, destaca-se a Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que veda o manejo de interdito proibitório para evitar a turbação do direito autoral, justamente porque o interdito é ação possessória e, no campo autoralista, só se tutela o direito de propriedade. Nada obstante, a construção jurídica de Cássio Brant, acerca da “usucapião virtual”, ainda assim, foi referenciada, somente para prestigiar a ideia original, nela embutida, de que o “desuso” da propriedade autoral poderia implicar a perda da propriedade, o que condiz perfeitamente, *prima oculi*, com o princípio da função social da propriedade.

se pressupõe a existência de coisa corpórea, o que não se coaduna com direitos de natureza incorpórea. *“Constituindo os direitos autorais propriedade intelectual, não podem ser objeto de proteção por meio de interdito proibitório, dada a impossibilidade do exercício da posse sobre coisas incorpóreas, podendo o autor da obra indevidamente reproduzida valer-se das medidas autorizadas na lei autoral”*. (RJTAMG 56/7, p. 267, rel. Juiz Geraldo Augusto).

Nada obstante, é de se notar que a função social não é princípio que se adstringe, apenas, ao *direito de propriedade* autoral. Também os *negócios jurídicos* que têm por objeto direitos patrimoniais de autor hão de observá-lo. Com efeito, os contratos, na nova ordem civil-autoralista, carecem de funcionalização.

Talvez exista, nesses termos, uma interessante interface entre o assunto em baila e a teoria dos planos do negócio jurídico, eivada por Pontes de Miranda. Entendida como elemento intrínseco do contrato, a função social constituiria seu *fundamento de existência*, de maneira que a inobservância daquele princípio acarretaria a inexistência do vínculo obrigacional. Já como elemento extrínseco, a função social configura-se como *fundamento de validade*, sendo passível de invalidação o negócio jurídico que a ela não se conforme. Finalmente, para aqueles que veem na função social simples restrição ou limitação, alheia ao objeto do contrato, o descumprimento do princípio só acarretaria a *ineficácia* do negócio.

A funcionalização do direito autoral contratual restringe a incidência da autonomia privada nos negócios jurídicos envolvendo direitos autorais. Em se tratando o ordenamento jusautoralista de mecanismo regulador das obras da ciência, da arte e da literatura, os negócios jurídicos envolvendo direitos de autor sempre acarretarão efeitos extrassubjetivos. O princípio da relatividade contratual, no campo autoralista, encontra-se completamente mitigado. Assim, os contratos intelectuais não podem fechar os olhos para as múltiplas influências nas relações jurídicas de terceiros, sob pena de não cumprirem a função social dos contratos.

Na mesma esteira, o entendimento de Negreiros (2006, p. 208):

Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.

E, em seguida, a mesma autora complementa:

À semelhança do que ocorre com a propriedade – cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validação do exercício do direito do titular do domínio – também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um ‘instrumento de realização do projeto constitucional’. Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delímite apenas externamente (NEGREIROS, 2006, p. 210-211).

Os contratos envolvendo direitos intelectuais comportam enorme potencial de funcionalização. No âmbito do direito marcário e patentário, por exemplo, toda sorte de criações do intelecto humano com aplicação industrial podem, em determinadas situações, cominadas legalmente, ser licenciadas compulsoriamente, como decorrência direta da função social da propriedade, para evitar o abuso de direito ou de poder econômico na exploração da patente (PORTELLA, 2006, p. 187-188). Com efeito, o art. 2º da Lei n.º 9.279/96 determina que a propriedade industrial deve pautar-se pelo interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico brasileiro.

A função social do direito de propriedade das invenções industriais é mais nítida ainda quando se cogita sobre patente de medicamentos, hipótese em que o direito intelectual pode ser afastado para tutelar o direito à saúde (“quebra de patente”):

Destarte, mesmo sendo resguardado o direito de propriedade, tal amparo não é atribuído de modo absoluto. Veda-se a má utilização, a não utilização e, ainda, o uso com *finalidade meramente emulativa*, fatos que evidenciam o abuso de direito e, consequentemente, afrontam o princípio da função social. Cabe ao estado, nestas hipóteses, valer-se de meios que conduzam a um emprego produtivo dos bens, tais como a desapropriação e, [...] (no que diz respeito à propriedade de inventos relacionados a medicamentos), o licenciamento compulsório (BOCHEHIN, 2008, p. 221-222).

Digno de menção, no que concerne à limitação da autonomia privada em sede de direitos autorais, é o caso Lüth, que tornou

célebre a jurisdição constitucional alemã no pós-guerra. Veit Harlan, cineasta alemão que havia participado ativamente da propaganda nazista alemã, lançara um novo filme, *Amada imortal* (1951), que não possuía nenhum traço antisemita. Um jornalista judeu, Eric Lüth, tendo em vista o histórico de Harlan, conclamou os cidadãos alemães a boicotar o filme. Harlan processou Lüth postulando indenização pelos prejuízos ocasionados pela correspondência e ganhou em todas as instâncias ordinárias, mas o Tribunal Constitucional Alemão reformou os acórdãos e, pela vez primeira, desenvolveu as teses da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e da necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos (ALEXY, 2008, p. 298-301).

O caso Lüth é paradigmático no estudo da função social da propriedade autoral, uma vez que o boicote ao filme de Harlan foi ratificado pela jurisprudência alemã, que, ao ponderar os interesses em jogo, reconheceu a superioridade do direito de expressão de Lüth em relação ao direito de exploração econômica da precitada obra cinematográfica.

Ante tudo quanto exposto, conclui-se que o direito à propriedade intelectual é um direito fundamental albergado pela Constituição brasileira, o qual, entretanto, não é absoluto, relativizando-se ao princípio da função social, compreendido tanto como elemento intrínseco e extrínseco como gerador de obrigações positivas e negativas. Vez que a função social mostra-se como elemento estrutural tanto da relação contratual quanto da propriedade intelectual, não seria exagerado afirmar que a ordem jurídica não reconhece nem tutela, juridicamente, o direito de propriedade autoral, ou o correlato contrato, se não estiverem *funcionalizados*, é dizer, comprometidos com a função social exercida, *inter e ultra partes*.

## 2.2 Programa autoralista da Constituição Social: do direito fundamental à cultura

Sarlet (2004) procede à sistematização dos direitos fundamentais em quatro dimensões, excuso da Teoria da Constituição que, pela sua precisão e abrangência, merece, com a devida vénia, integral transcrição aqui:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direi-

tos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Ao, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito e voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em suma, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que se lhes tenha sido atribuído, por vezes, o conteúdo e significado diferenciados.

[...] na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimen-

são podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à (sic) reivindicações das classes menos favorecidos, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

[...] Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros [Bonavides], os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua o "gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação em termos de existencialidade concreta. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos da esfera dos direitos fundamentais.

[...] Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração da esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.

Contudo, há que referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Prof. Paulo Bonavides, que, com a sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização

dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Para o ilustre constitucionalista cearense, esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo (SARLET, 2004, p. 54-59).

A cultura é, portanto, um direito fundamental de segunda geração ou, de acordo com a terminologia mais aceita na doutrina constitucionalista atualizada, de segunda dimensão, revelando-se, logo, sob a forma de um direito prestacional. Costuma-se vincular cada dimensão dos direitos fundamentais a um dos lemas da Revolução Francesa, sendo que, se o direito de propriedade intelectual, na qualidade de direito de primeira dimensão, atrela-se à bandeira da “liberdade”, a cultura, como direito de segunda dimensão, concatena-se à bandeira revolucionária da “igualdade”.

Cumpre, ainda, desmistificar a ideia de que o catálogo dos direitos fundamentais restrinção-se-ia àqueles positivados nos arts. 5º a 17 da CF/88 (quais sejam, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos dos partidos políticos). Destarte, existem direitos fundamentais dispersos ao longo da Constituição, como, *exempli gratia*, as limitações constitucionais ao poder de tributar, prescritas nos art. 150 a 152 (direitos fundamentais do contribuinte), os princípios da ordem econômica, estipulados no art. 170 (direitos fundamentais da ordem concorrencial) e o direito à seguridade social, inscrito no art. 194 e seguintes da CF (direitos fundamentais à previdência, à saúde e à previdência social), entre outros. E, além dos espalhados no Texto Constitucional, também existem direitos fundamentais implícitos e decorrentes do regime e da principiologia constitucional, bem como aqueles oriundos da ratificação de tratados internacionais, nos termos do § 2º do art. 5º do Estatuto Fundamental da República.

Superada essa questão acerca da topografia dos direitos fundamentais na Carta Cidadã, cumpre referir que o § 3º do art. 215, incisos II e IV, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 48/2005, estabeleceu o “Plano Nacional da Cultura”, com o intuito de realizar a “produção, promoção e difusão de bens culturais” e a “democratização do acesso aos bens de cultura”. No art. 218, ao dispor sobre a Ciência e a Tecnologia, o Diploma Maior prescreveu que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

Todavia, mais do que a mera oportunização do acesso à cultura, consubstanciada, no plano do direito autoral, na disponi-

bilização de consulta às obras artísticas, científicas e literárias, o Plano Nacional da Cultura representa uma feliz inovação no catálogo dos direitos fundamentais, com a criação do princípio denominado por Lenza (2009, p. 825) de “cidadania cultural”. Segundo esse princípio, o Estado deve promover o desenvolvimento cultural do país, imprescindível à consolidação da própria cidadania dos brasileiros.

Interessante colacionar o arrazoado aduzido por parlamentar, acerca da necessidade de postura positiva do governo nos assuntos da cultura, durante a tramitação do Projeto de Emenda que se converteu na EC 48/2005, uma vez que deixa clara a importância da proteção do direito fundamental à cultura para um salto qualitativo no progresso brasileiro:

Ao comentar sobre a necessidade de um *plano nacional de cultura*, o Senador Marcelo Crivella sinalizou que se tratava "... de uma iniciativa do Governo Federal da maior relevância. Estamos sendo aculturados por potências estrangeiras, hegemônicas, porque não temos ainda, neste País, um plano nacional que valorize a nossa cultura, que destine recursos suficientes e que organize desde os nossos sites antropológicos, onde estão (sic) a história dos nossos ancestrais, até mesmo uma organização consistente, um arcabouço completo da nossa cultura, das nossas festas, da nossa música, da nossa poesia, dos nossos quadros, principalmente da nossa história, para que os brasileiros não cometam os erros do passado. O Plano Nacional de Cultura é fundamental tanto no seu conselho gestor como no seu fundo. É um momento importante em que o Congresso Nacional e o Senado Federal dão uma manifestação concisa, definitiva para que fique valorizada e preservada para as futuras gerações a cultura do nosso povo..." (DSF, 02.06.2005, p. 17142) (LENZA, 2009, p. 826).

Um grande risco, porém, desses discursos positivadores de direitos, mas desprovidos de eficácia social e dotação orçamentária, é incorrer na chamada *desjuridificação dos direitos fundamentais*, própria dos contextos de constitucionalização simbólica, como o de países periféricos como o Brasil. A desjuridificação nada mais é que a perda de espaço na realidade constitucional (produção de efeitos jurídicos), apesar de crescente ganho de espaço no Texto Constitucional (produção de mais normas jurídicas) (NEVES, 2007, p. 168). Em tal contexto de simbolismo constitucional, as normas positivadas convertem-se em *legislação-álibi*, lograda quando “o legislador, muitas vezes, sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respec-

tivas normas" (NEVES, 2007, p. 36), ou se convertem, ainda, em *fórmula de compromissos dilatórios*, hipótese em que "o acordo não se funda no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado" (NEVES, 2007, p. 41).

Os bens culturais não podem ser, destarte, encarados como direitos meramente programáticos, ou compreendidos como legislação-álibi, de cunho dilatório dos compromissos sociais. Nesse sentido, os autores e os empresários da indústria cultural têm de assumir as responsabilidades constitucionais derivadas do fato de se colocarem como veículos difusores da cultura. E essa consciência acerca dos direitos fundamentais alheios, muito mais do que retórica subjacente ao contexto de constitucionalização simbólica, é pressuposto para que a propriedade autoral seja também reciprocamente protegida como direito fundamental:

A dignidade humana pressupõe a satisfação das necessidades inerentes ao ser humano, a fim de garantir o pleno desenvolvimento de sua personalidade, de realizar-se como ser inserido na sociedade. Tais necessidades são deveres do Estado, constituindo-se assim, os Direitos e Garantias Fundamentais dos cidadãos, como por exemplo o direito à educação, considerada como um direito de todos e um dever do Estado. No entanto, a justiça social impõe que cada pessoa só é sujeito de direito se reconhecer o outro também como sujeito de direitos. No âmbito do direito autoral, significa que o autor, para ter seu devido reconhecimento, deve ao mesmo tempo reconhecer o direito dos leitores de ter acesso às suas obras, caso contrário tais obras seriam inéditas, o que impossibilitaria seu prestígio social (FRACALOSSI, [s.d.], p. 22).

Sob essa ótica, a cultura, a informação e a educação devem ser encaradas como *contradireitos* a serem observados, necessariamente, pelos titulares de direitos autoriais, até mesmo como decorrência do caráter intrínseco-estrutural que a função social possui na propriedade de autor. Isso é um consectário lógico do próprio sistema privatista, que se tem alicerçado, desde a Constituição de 1988 e principalmente após o Novo Código Civil de 2002, sob a égide da eticidade, da solidariedade e da operabilidade.

As sete conclusões humanistas de Piovesan (2007), exaradas em estudo sobre as perspectivas da propriedade intelectual para o futuro, em face das atuais conquistas dos direitos humanos, não podem deixar de ser infracolacionadas, a despeito de extensas. Tais opiniões sintetizam o *leitmotiv* que guia o projeto de direito autoral-constitucional de que se faz apologia, na presente monografia,

ultrapassando-o até, à proporção que postula as bases dos *direitos humanos autorais*, na seara internacionalista:

- 1) os contornos conceituais do direito à propriedade intelectual devem considerar sua função social, transitando, assim, de um paradigma liberal individualista exclusivamente protetivo dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária para um paradigma coletivista que contemple as dimensões sociais do direito à propriedade intelectual, bem como do direito à propriedade industrial, que tem dentre seus objetivos principais o incentivo à inovação.
- 2) à luz deste novo paradigma, há que se buscar um adequado equilíbrio entre a proteção dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária e os direitos sociais à saúde, à educação e à alimentação assegurados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e pelos demais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Ressalte-se que os Estados-partes assumem o dever jurídico de respeitar, proteger e implementar tais direitos, garantindo um “minimum core obligation” afeto aos direitos sociais, bem como o dever de promover a aplicação progressiva destes direitos, vedado retrocesso social. Daí a necessidade de compatibilizar os tratados de natureza comercial à luz dos parâmetros protetivos mínimos consagrados pelos tratados de direitos humanos, observando-se que, gradativamente, as dimensões e preocupações relacionadas à proteção dos direitos humanos têm sido incorporadas pelos tratados comerciais. Note-se, ainda, que, via de regra, o conflito não envolve os direitos do autor *versus* os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade.
- 3) os regimes jurídicos de proteção ao direito à propriedade intelectual devem ser avaliados no que concerne ao impacto que produzem no campo dos direitos humanos, anteriormente à sua implementação e após determinado período temporal;
- 4) medidas protetivas especiais devem ser adotadas em prol da proteção da produção científica, artística e literária de povos indígenas e de minorias étnicas, religiosas e linguísticas, considerando as peculiaridades (sic), singularidades e vulnerabilidades destes grupos, bem como a proteção de seus direitos coletivos, assegurado o seu direito à informação e à participação nos processos decisórios afetos ao regime de proteção da propriedade intelectual;
- 5) a cooperação internacional e uma nova relação entre os hemisférios Norte/Sul, Sul/Sul e Sul/organismos internacionais são essenciais para avanços no campo

cultural e científico, com destaque ao acesso ao conhecimento e à efetiva transferência de tecnologia, sob a inspiração do direito ao desenvolvimento. Deve ser encorajada a remoção de barreiras ao sistema educacional e de pesquisa, considerando a possibilidade da ciência produzir avanços ao crescimento econômico, ao desenvolvimento humano sustentável e à redução da pobreza.

6) o direito ao acesso à informação surge como um direito humano fundamental em uma sociedade global em que o bem-estar e o desenvolvimento estão condicionados, cada vez mais, pela produção, distribuição e uso equitativo da informação, do conhecimento e da cultura. Destacam-se, nesta direção, importantes iniciativas de um "emerging countermovement", cabendo menção, a título exemplificativo, à Wikipedia; ao Creative Commons; à FLOSS, dentre outras, que objetivam transformar o paradigma tradicional vigente acerca da propriedade intelectual, tornando-a mais acessível, democrática e plural, eliminando, assim, barreiras ao acesso à informação;

7) há desafio de redefinir do direito à propriedade intelectual à luz da concepção contemporânea dos direitos humanos, da indivisibilidade, interdependência e integralidade destes direitos, com especial destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais e ao direito ao desenvolvimento, na construção de uma sociedade aberta, justa, livre e plural, pautada por uma democracia cultural emancipatória (PIOVESAN, 2007, p. 35-39).

Atente-se, no entanto, para que, seja por conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2008, p. 185-186), seja pela acepção solidarista e fraternal do direito civil moderno, se nega aqui, veementemente, tanto a preponderância *prima facie* do direito à cultura sobre a propriedade autoral (prevalência da Constituição Social), como o oposto, isto é, a sobrepujança da propriedade autoral sobre o direito à cultura (prevalência da Constituição Econômica). Ora, não mais se pode defender, no atual estágio da doutrina administrativista, a supremacia apriorística do interesse público sobre o interesse privado (SARMENTO, 2005, p. 23-25). Aliás, até mesmo a *summa divisio* romana, divisão metodológica da Ciência do Direito entre direito público e direito privado, que subsidiava a noção de superioridade do público sobre o privado (publicização do direito), é hoje profundamente questionada (FACCHINI NETO, 2003, p. 15).

Nos países em desenvolvimento, onde a necessidade de difusão das obras intelectuais é ainda mais revestida de interesse público e o conflito público-privado mostra-se ainda mais exacerbado, delineia-se uma tendência perigosa de promover a cultura à

custa dos direitos patrimoniais dos autores, como adverte Bittar (1999, p. 170-171):

Assim é que, respeitadas as considerações em prol do desenvolvimento cultural – necessários nos países em causa – a verdade é que não se pode sustentar essa expansão *lastreada apenas no sacrifício e um setor da coletividade, o intelectual*, mas deve, ao revés, existir um planejamento adequado e que leve em conta todos os aspectos globais do problema.

Deve haver uma conciliação entre os interesses em causa, mas de sorte a que a carga não recaia somente sobre os criadores intelectuais, cumprindo engendrarem-se fórmulas que repartam esses ônus pela coletividade em geral, e aproveitando-se, nessa tarefa, das diretrizes oferecidas pelas organizações internacionais, enquanto norteadoras de ação eficaz nessa área.

Cumpre seja efetuado planejamento adequado no campo cultural, desenvolvendo-se política própria, mediante a estimulação das artes, das letras e das ciências, consoante instrumental e técnicas disponíveis em cada país, e atendendo-se sempre, nesse mister, à tradição e às condições específicas de cada qual.

De fato, não é razoável que o ativismo judicial em matéria autoral, quanto tenha a intenção de universalização do direito fundamental à cultura, acabe por espoliar os autores de seus direitos patrimoniais. Corre-se o risco de inverter a ordem constitucional, substituindo o Estado pelos particulares no dever de promoção dos bens culturais.

Do exposto, fica nítido o intuito do legislador constituinte brasileiro de incentivar o desenvolvimento e difusão da cultura, do conhecimento e da ciência no país, democratizando-lhes e universalizando-lhes o acesso. E esse nobre programa cultural da Constituição Social brasileira, profundamente ramificado com os ideais desenvolvimentistas do país, o direito autoral não pode, simplesmente, ignorar. Por outro lado, também não pode ser invocado para anular a propriedade autoral. Localizado na Seção II do Capítulo III do Título VII da Constituição Federal, o direito à cultura insere-se dentro “Da Ordem Social”. Por conseguinte, é assaz relevante o valor da justiça social que deve alimentar esse direito fundamental, como se intentará demonstrar a seguir.

### **2.2.1 Do valor da justiça social no campo jusautoralista**

Os valores determinam o agir e o pensar do homem. Aqueles que determinam a essência do dever-ser humano são denominados *invariantes axiológicas*, que se conformam a cada vocação hu-

mana: a *sacralidade* (sacerdote), a *beleza* (poeta), a *riqueza* (empresário), a *verdade* (filósofo) e o *útil-vital* (trabalhador) (REALE *apud* BEZERRA, 2008, p. 7-8). A *axiologia jurídica*, teoria dos valores aplicada ao direito, retrata os fins que o homem busca realizar, convergindo as normas jurídicas para os valores *ordem, segurança, liberdade e justiça* (BEZERRA, 2008, p. 9-10).

Noronha (1999, p. 102) transporta esses valores para o direito privado, vislumbrando neles a plataforma fundamental da nova teoria dos contratos:

A liberdade, no Direito dos Contratos, constitui o núcleo essencial do *princípio da autonomia privada*. A justiça conforma o *princípio da justiça contratual*. A ordem, que no âmbito dos contratos seria melhor chamada de *segurança*, faz-se presente através do *princípio da boa-fé contratual*.

A justiça social é um dos valores fundantes do ordenamento jurídico e busca, justamente, coibir o darwinismo jurídico (LÔBO, 1999, p. 101), isto é, a depredação dos mais fracos pelos economicamente mais fortes.

Desse modo, a justiça social, ao ser invocada como meta do direito autoral, pode embasar tanto a proteção do autor quanto a dos cidadãos destinatários das obras, uma vez que, neste campo do direito privado, ao contrário de outros, como o direito do trabalho e o direito das relações de consumo, não existe situação abstrata de hipossuficiência de parte a parte.

De acordo com a doutrina espanhola, a ideia de justiça interpenetra-se sempre com a de igualdade, consoante relata Bezerra (2008, p. 15-16):

Apesar da diversidade de conceitos, observa Recasens Siches que um levantamento dessas teorias [acerca da definição de justiça] demonstra, por trás de sua aparente contradição, alguma identidade. A similitude está em que a noção de justiça vem sempre ligada à de igualdade. O símbolo desse entrelaçamento é também o da justiça, a balança de pratos nivelados e fiel vertical.

Na seara autoralista, a justiça social é valor que deve, constantemente, ser perseguido. Concorrer para a justiça social significa que o direito autoral deve possibilitar aos cidadãos o acesso ao conhecimento, única via para a construção da cidadania e do desenvolvimento humano e econômico de um povo. Não se trata, sem embargo, de um mandamento “Robin Hood”, engajado na consecução de um ideal romântico do justo, mas sim de uma

premissa metodológica a ser seguida, durante a aplicação do arcabouço jurídico-protetivo da LDA às lides em que se discute o direito material de autor. Fora do âmbito processual, a justiça social autoralista quer dizer, ainda, que a produção artística, científica e literária deve ser dirigida à comunidade, da qual se extrai o instrumental material para as criações do gênio humano e que, portanto, deve ter como contrapartida o direito de fruição da obra do autor.

Com isso, não se quer dizer que a autorização do autor é prescindida, em qualquer caso, para a utilização da obra. Da justiça social apenas se pode inferir que o uso pessoal da obra, ou seja, sem fins lucrativos, e tendo por finalidade a consecução do direito fundamental à cultura e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana, deve ser exercido sem as restrições que a LDA prescreve, se do cotejo entre o peso dos bens jurídicos envolvidos prevalecer, proporcionalmente, a cultura em detrimento da propriedade ou do contrato.

Parece-nos que um exemplo claro da incidência do valor da justiça social, como orientador dos direitos patrimoniais de autor, é o domínio público. Após o prazo legal, atualmente de setenta anos contados a partir de 1 de janeiro do ano seguinte ao da morte do autor, a obra cai em domínio público. Protegida, temporariamente, a exploração econômica dos direitos do autor por parte de até três gerações sucessoras, afigura-se absolutamente consentâneo à ideia de justiça social que a obra seja devolvida à coletividade, para poder ser livremente utilizada por todos, ressalvando-se seus direitos morais, que não prescrevem.

Como já aduzido anteriormente, o ativismo judicial não pode espoliar os autores de seus direitos patrimoniais, contudo, deve caminhar na direção da harmonização dos interesses econômicos particulares com os interesses culturais coletivos. Afinal, sendo a erradicação da pobreza um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, III), a igualdade formal evolui para a acepção de igualdade substancial e a justiça retributiva evolui no sentido de uma justiça distributiva (TEPEDINO, 1999, p. 15).

Em outras palavras, Fracalossi ([s.d.], p. 39) ensina:

O Estado, ente responsável pela distribuição igualitária dos ônus e encargos entre os cidadãos, tem o dever de promover o acesso de todos aos diversos meios culturais existentes. Entretanto, tem também o dever de tutelar os pensadores, garantindo-lhes respeito e recompensa pro suas criações. É a chamada Justiça Social, que como fundamento do Estado Democrático de Direito deve buscar a harmonia entre os interesses conflitantes.

Ao que tudo indica, o conflito de normas de direitos fundamentais em xeque, ambas buscando máxima concreção, pode ser mais bem equacionado à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Alexy (2008), segundo uma avaliação casuística baseada na técnica de ponderação de interesses, mediante aplicação da máxima de proporcionalidade, dividida nas subfases da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* (ALEXY, 2008, p. 116-117).

Aplicando a técnica de ponderação de bens proposta por Alexy (2008) a situações hipotéticas regulamentadas pela legislação de direitos autorais, têm-se algumas conclusões interessantes.

A título lúdico, examine-se um caso fictício, envolvendo o exemplo do direito pessoal de arrependimento do autor: "Art. 24. São direitos morais do autor: [...] VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem". Essa regra poderia colocar os princípios fundamentais autoralistas em colisão, por exemplo, na hipótese em que, sob a alegação de afronta à sua honra objetiva, o autor quisesse fazer valer o seu direito de retirada de obra única, a respeito de determinado tema, distribuída em estabelecimentos públicos de ensino. Aplicando-se a máxima de proporcionalidade, ter-se-ia:

a) *Exame de adequação*: a previsão do direito de retirada do autor como direito moral, nesse contexto fático, é adequada, no sentido de proteger a dignidade do autor? Sim, porque a retirada da obra de circulação é meio apto a interromper a ocorrência do dano moral.

b) *Exame de necessidade*: a previsão do direito de retirada do autor como direito moral, nesse contexto fático, é necessária, no sentido de haver algum meio alternativo menos gravoso? Sim, porque a não retirada da obra implicará a consumação ou recrudescimento do dano, caso toda a obra comprometa a dignidade do autor; ou não, se a distribuição de uma errata ou suplemento literário for suficiente para coibir a emergência do dano moral.

c) *Exame de proporcionalidade em sentido estrito*: a previsão do direito de retirada do autor como direito moral, nesse contexto fático, é proporcional, no sentido de importar em um valor superior ao desvalor ocasionado? Não, porque a preservação da integridade moral do autor poderá implicar o alijamento de inúmeros alunos do acesso a obra insubstituível para o bom desempenho de seus estudos.

Em face do resultado do exame de proporcionalidade *stricto sensu*, observa-se que, na hipótese vertida, a medida de retirada ou

suspensão de distribuição da obra seria desproporcional, devendo-se privilegiar o direito fundamental de acesso à cultura por parte dos estudantes, em detrimento do direito de personalidade autoral.

## Conclusão

Ao longo desta monografia, verificaram-se os fundamentos do direito autoral-constitucional. Foram elucidados os principais direitos fundamentais em conflito, na ambiência jusautoralista, e a principiologia e axiologia constitucionais correlatas. Por esse motivo, seria pleonástico e cansativo, à guisa de conclusão, resumir os temas enfrentados, em virtude do que se optou por encerrar com uma perspectiva geral do fenômeno de constitucionalização do direito autoral objetivo brasileiro.

Uma vez que, após a consolidação do Estado Social no Brasil, com o advento da Carta Cidadã de 1988, a Constituição passou a regular as relações privadas e econômicas, anteriormente submetidas ao jugo da codificação civil, todo o direito privado nacional, atualmente, tem que passar por um processo de filtragem constitucional.

Com o direito autoral não poderia ser diferente. Se a dignidade da pessoa humana passa a ser a cláusula-matriz, o centro gravitacional do ordenamento jurídico, os direitos autorais, para corresponderem às expectativas constitucionais, hão de colocar o ser humano como centro da tutela autoralista, e não os direitos patrimoniais, de índole marcadamente liberal e patrimonialista, eivados pelo modelo de *copyright* consolidado no *common law*.

Note-se que “colocar o ser humano como centro da tutela autoralista” não tem relação de sinônima com “proteger sempre os direitos culturais, em detrimento dos direitos patrimoniais previstos na LDA”. Em verdade, não é possível encarar a questão com a arrogância de alguns administrativistas, que postulam a supremacia do interesse público sobre o privado. Primeiro, a dicotomia público x privado já caiu por terra, desde que se tem verificado a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo, ainda que subsistisse a tradicional clivagem, não seria possível definir, aprioristicamente, a superioridade do interesse cultural coletivo do cidadão em detrimento do interesse proprietário particular do autor. Ambos possuem a mesma natureza de direito fundamental.

Eis por que se faz apologia, no presente estudo, da adoção da máxima de proporcionalidade aleyana como critério racional para a ponderação casuística das regras de direitos fundamentais que colidem quando se defrontam os interesses dos autores com os dos populares.

A total inefetividade do direito autoral brasileiro, agravada pelo desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação, deixa clara a necessidade de uma profunda reformulação das premissas e da regulamentação da LDA. Ainda excessivamente conservadora, privatista, patrimonializada, liberal e inapta para a proteção dos interesses dos autores, artistas e intérpretes e da sociedade consumidora dos bens intelectuais por eles produzidos, a Lei n.º 9.610/98 somente poderá vencer o patente estado de crise que a ultrapassa se, ao invés de preconizar desmedida “guerra contra a pirataria”, conciliar os direitos culturais dos cidadãos ambientados numa sociedade da informação, líquida, instantânea, estandardizada e supostamente pós-moderna com os direitos autorais, sem anulá-los reciprocamente.

O princípio da função social e o valor da justiça social não podem, nesse contexto, ser desprezados pelo ordenamento autoralista, tal como hoje se pode notar. Assim, apenas para se ficar num exemplo, muito mais eficiente do que proibir o direito de reprodução integral da obra para fins particulares, prática livremente disseminada em todos os segmentos da sociedade e que concretiza, amiúde, o projeto constitucional de acesso ao conhecimento e à cultura por parte do cidadão, seria que o legislador apenas vedasse a reprodução com fins comerciais e, máxime, aparelhasse os órgãos competentes com a infraestrutura necessária para a fiscalização das regras. Se isso fosse feito, sairiam ganhando o cidadão, que mais facilmente angariaria o *mínimo existencial cultural*; o autor, que teria o seu direito fundamental de propriedade muito mais bem tutelado pelo Estado; e o próprio Estado, que atuaria, um pouco mais, na direção do que está simbolicamente escrito na Constituição.

Lamentavelmente, o Brasil é *um país que não lê* e é espantoso que o próprio direito formal, que deveria chancelar o desenvolvimento humano, artístico e científico deste povo, pressuposto para o abandono da condição de subdesenvolvimento, crie óbices, por intermédio da tutela autoralista, para a mudança dessa realidade. Como diria o diretor teatral Antônio Abujamra: “No Japão, quem não sabe ler vai preso. Aqui no Brasil, eles são eleitos!”

## Referências

- ALEY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci\_arttext&tilng=es>. Acesso em: 3 jul. 2009.
- ANTONIO, Irati. Autoria e cultura na pós-modernidade. **Ciência da informação**, Brasília, v. 27, n. 2, 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASSIS, Diego. "Reforma Agrária" no direito autoral. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. E1, 3 jun. 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. São Paulo: Jorge Zahar, 1998.

BARBUDA, Ciro de Lopes e. O embate entre teoria e práxis no campo do direito autoral. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, v. 1, n. 9, 2009. p. 171-205.

\_\_\_\_\_. Habermas e direito autoral: entre a faticidade e a validade da Lei n.º 9.610/98. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, v. 1, n. 10, 2010. p. 13-42.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. de conformidade com a Lei 9.610, de 19.02.1998, por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOCHEHIN, Lisier. A função social da propriedade industrial e o licenciamento compulsório de medicamentos. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coords.). **Propriedade intelectual em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.217-235.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro.

**Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim; coord. Renan Lotufo).

BRANT, Cássio Augusto Barros Brant.

**Usucapião no espaço virtual**. In: DireitoNet, 16 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3537/Usucapiao-no-espaco-virtual>>. Acesso em: 30 nov. 2009.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. São Paulo: Juruá, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito autoral e responsabilidade civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 44-50, 2001. Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FRACALOSSI, Liandra. **O direito autoral e o acesso ao conhecimento**. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.uniritter.edu.br/w2/lettras/palavora/arquivosMonografia%20Liandra%20Fracalossi.pdf>>. Acesso em: 30.11.2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, 101).

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**. Trad. Fábio Emilio Costa. Creative Commons 1.0. Disponível em: <<http://ebooksgratis.com.br/livros-ebooks-gratis/tecnicos-e-cientificos/direito-autorais-cultura-livre-lawrence-lessig/>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl., de acordo com a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, George Marmelstein. A reprodução não-autorizada de obras literárias na Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1792>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, p. 100-107, jan./mar. 1999. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf\\_141/r141-08.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-08.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2010.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Theresa (coords.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

MILAGRE, José Antonio. Diga não ao projeto do deputado Ge Tenuta? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13081>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006a. (Coleção cadernos de políticas culturais; v. 1).

\_\_\_\_\_. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. 2006. 340 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2006b.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

NORONHA, Fernando. Os princípios fundamentais do contrato. In: \_\_\_\_\_. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 99-123.

ORTELLADO, Pablo. **Por que somos contra a propriedade intelectual?** Copyleft, 2002. Disponível em: <<http://planetarium.com.br/planetarium/noticias/2002/7/1026837123>>. Acesso em: 2 jul. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e propriedade intelectual. In: **Cultura**

- Livre**, Rio de Janeiro, p. 1-39, 2007. Disponível em: <<http://www.cultura-livre.org.br/artigos/DHPI-Flavia-Piovesan.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2008.
- PORTELLA, Ana Carolina Lamego Balbino. A função social e a propriedade industrial. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Londrina, Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, v. 1, n. 3, ago. 2006.
- REIS, Jorge Renato. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coords.). **Propriedade intelectual em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 155-162.
- RIZZARDO, Arnaldo. Propriedade literária, científica e artística. In: \_\_\_\_\_. **Direito das coisas**: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 667-726.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-32.
- SCAFF, Fernando Facury. A Constituição econômica brasileira em seus 15 anos. In: \_\_\_\_\_. (org.) **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-265.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros, 2004.
- STUDER, Andréa Cristina Rodrigues; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. Ensaio sobre função social da propriedade no Brasil. **Revista da ESMESC**, Santa Catarina, v. 13, n. 19, p. 49-77, 2006. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247229000.PDF>>. Acesso em: 30 nov. 2009.
- TEIXEIRA, Diogo Dias. A legalidade da reprodução integral de obra protegida por direito de autor para uso privado. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coords.). **Propriedade intelectual em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37-52.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



# O direito à cultura como um direito fundamental do cidadão brasileiro<sup>1</sup>

***Jairdes Carvalho Garcia***

*Advogado da CAIXA em Minas Gerais*

*Pós-graduado em Direito Processual:*

*Grandes Transformações*

*Pós-graduando em Justiça Federal*

## **RESUMO**

O direito à cultura, apesar de não constar expressamente do texto constitucional como um direito fundamental do cidadão brasileiro, pela sua natureza e imprescindibilidade para o exercício da cidadania, deve ser considerado como tal. Para comprovar a indispensabilidade do direito à cultura para o cidadão brasileiro foram analisadas, neste trabalho, as características e classificações dos direitos fundamentais, assim como as características do direito à cultura, concluindo-se pela sua essência de direito fundamental na ordenação constitucional brasileira e na ordem jurídica internacional.

**Palavras-chave:** Direito à cultura. Cultura. Direitos humanos. Direitos fundamentais.

## **ABSTRACT**

The right to culture, although not expressly stated in the constitutional text as basic right of a citizen of Brazil, by their nature and indispensability to the exercise of citizenship, should be considered as such. To prove the indispensability of the right to culture for Brazilian citizens were analyzed in this paper the characteristic of the right to culture, concluding the essence of fundamental rights in the Brazilian constitutional order and international legal order.

**Keywords:** Right culture. Culture. Human rights. Fundamental rights.

## **1 Cultura: um direito universal**

Uma pergunta sempre vem à tona quando se analisa direito e cultura, que é como lidar com o direito à cultura, se o próprio Di-

<sup>1</sup> Excertos da monografia apresentada para conclusão do curso em Direito na Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE.

reito é uma ciência cultural. O objeto do presente artigo não é a cultura no seu sentido lato, enquanto expressão de tudo aquilo criado pelo homem, mas o conceito restrito da norma jurídica relativa às artes, à espiritualidade, às tradições e ao saber popular.

Desta forma, as concepções de que a cultura é a base de todos os direitos fundamentais, ou de que constitui um quarto elemento do Estado, como sustentadas por Peter Häberle (*apud* CUNHA FILHO, 2000, p. 30-31), ficam prejudicadas neste trabalho. Pela mesma razão, deve aqui ser refutada a classificação de Bonavides (2003, p. 67) da quarta dimensão de direitos fundamentais como direitos eminentemente culturais. Outrossim, fica prejudicada a classificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, pois incluem o direito ao lazer e à educação como direitos culturais, assim como a classificação de Silva (2000, p. 809), que fala numa *ordem constitucional da cultura ou constituição cultural*, que abrange os direitos a educação, ensino, cultura (estritamente considerada), desporto, ciência e tecnologia, comunicações sociais e meio ambiente.

A Constituição não ampara a cultura como concepção antropológica, mas como um sistema de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Isso porque cultura, do ponto de vista antropológico, é tudo o que o homem construiu e deu sentido, enquanto, para a Constituição, só é cultura aquilo que ela elegeu como de fundamental importância para o cidadão, como veremos a seguir. Assim, conforme exemplo lapidar de Silva (2001, p. 35), um garfo, uma colher, uma faca, uma espada, que são objetos culturais num conceito antropológico, só o serão para a Constituição se tiverem sido, por exemplo, utilizados por uma personagem histórica importante ou participado de uma batalha expressiva.

Antes de tratar explicitamente da cultura enquanto direito fundamental, há que se definir e diferenciar algumas expressões correntes no âmbito da regulamentação da cultura, dentre as quais, distinguir *direito à cultura* de *direitos culturais* e estes de *direito da cultura*.

## 1.1 Do direito à cultura

O *direito à cultura* é um direito de caráter social, que implica uma ação positiva do Estado para sua satisfação. É uma faculdade de agir (*facultas agendi*) conferida pela norma jurídica cultural (SILVA, 2001, p. 48). Assim como se fala em direito ao trabalho ou de direito à liberdade quando se refere a todos os direitos trabalhistas

ou a todas as formas de liberdade, deve-se falar em direito à cultura como gênero que abrange todos os direitos culturais. Deve-se ter em conta, no entanto, que, embora seja o direito à cultura um direito de segunda geração, existem direitos culturais que são classificados como de primeira, de terceira e, até mesmo, de quarta geração, mas isso não implica que o direito à cultura, como gênero, não seja um direito social ou um direito fundamental de prestação, embora tenha como “subdireitos” outros direitos acessórios de defesa (como, por exemplo, os direitos autorais) e direitos de participação (como o direito de participação cultural).

Já *direitos culturais* são aqueles direitos atinentes à cultura aptos a serem exercidos por uma pessoa em uma determinada sociedade, por serem assegurados por uma norma de natureza cultural. Destarte, o direito autoral, o direito de acesso à cultura, o direito à memória histórica, o direito à criação cultural etc. são, cada um deles, um direito cultural. Segundo Cunha Filho (2000, p. 34),

direitos culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana.

O conjunto de todas as normas que disciplinam a cultura forma a *ordem jurídica da cultura*. Esse conjunto de todas as normas jurídicas sobre cultura, seja de natureza constitucional ou ordinária, constitui o *direito objetivo da cultura*, que é o chamado *direito da cultura*, um novo ramo do direito público em formação. Segundo Alain Riou (*apud* SILVA, 2001, p. 47), “o direito da cultura é constituído do conjunto de regras que se aplicam às atividades culturais públicas e privadas assim como às relações destas entre si, da jurisprudência que elas suscitam e dos comentários da doutrina sobre esse assunto”. Conforme este mesmo autor, o direito da cultura compreende quatro grandes domínios: o direito patrimonial da cultura, o direito da criação e da formação culturais, o mecenato cultural e a propriedade literária e artística. Autores franceses citados por Silva (2001, p. 47-51) entendem que o direito da cultura implica um serviço público da cultura, uma política cultural e um contencioso da cultura.

O estabelecimento de uma ordem jurídica cultural implica a definição de conceitos de bens culturais e patrimônio cultural, que são os objetos culturais a serem tutelados pelo Estado através da norma jurídica. *Bens culturais* são, assim, “coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores” (SILVA, 2001, p. 26) e podem ser de natureza material ou imaterial. Neles se fundem um objeto

material que lhe dá corpo e um valor que lhe dá sentido. *Patrimônio cultural*, segundo Maria Casteli (apud ROS, 2003, p. 196) é um “conjunto de bens, produto da expressão criativa do homem e da evolução da natureza, com um valor ou importância para a ciência, o espírito ou a cultura em geral”. É um conjunto de bens culturais, tomados individualmente ou em conjunto, que expressem valores relacionados à identidade de um lugar, região ou comunidade (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 4.435).

Segundo o item 23 da Conferência Mundial da UNESCO sobre Políticas Culturais, de 1982:

O patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas, surgidas da alma popular, e o conjunto de valores que dão sentido a uma vida. Ou seja, as obras materiais e imateriais que expressam a criatividade desse povo, a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a literatura, as obras de arte e os arquivos e bibliotecas.

Para a realização do direito à cultura, torna-se necessária a implantação de uma *política cultural* clara e democrática, que nada mais é que um conjunto de ações culturais governamentais com vistas a dar efetividade às normas jurídicas que asseguram os direitos culturais, ou seja, é a atuação prática do Estado para garantir o exercício do direito à cultura. Esse tema, de fundamental importância para dar efetividade aos direitos culturais, será mais bem analisado *a posteriori*.

Estabelecidas as diferenças entre os institutos supracitados, cabe agora comprovar pela análise das normas brasileiras que o direito à cultura é um direito fundamental do cidadão brasileiro. Antes, porém, torna-se necessário analisar, de passagem, os documentos internacionais que consagraram esse direito.

## 1.2 A cultura nos documentos internacionais

Foi a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1918, com a consagração dos direitos sociais, que a cultura passou a integrar textos constitucionais. Mas foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que os direitos culturais foram alçados ao patamar de direitos fundamentais do ser humano. Outra não é a interpretação do artigo 27 da citada Declaração, que dispõe:

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios;

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que veio regulamentar a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, dispôs em seu artigo 15, *in verbis*:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

[...]

b) Participar da vida cultural;

c) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;

d) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Partes no presente Pacto comprometer-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

No âmbito regional do continente americano, há que se destacar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, que dispôs em seu artigo 13:

Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas. Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria.

A Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, referendada em 1967, garantiu o direito à cultura em seu artigo 45, *verbis*:

Os Estados membros darão primordial importância dentro dos seus planos de desenvolvimento ao estímulo da educação, da ciência e da cultura orientadas no sentido do melhoramento integral da pessoa humana e como fundamento da democracia, da justiça social e do progresso.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada *Pacto de San José de Costa Rica*, adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, dispõe em seu capítulo III, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, no artigo 26, com a rubrica de *desenvolvimento progressivo*, que

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

No artigo 13, itens 1 e 2, da citada Convenção, o direito à liberdade de expressão foi consagrado nos seguintes termos:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem considerações de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro procedimento de sua eleição.
2. O exercício do direito previsto no item precedente não pode estar sujeito a prévia censura, senão a responsabilidades ulteriores, as quais devem estar expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
  - a) o respeito a todos os direitos ou à reputação dos demais; ou
  - b) a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral pública.

Da mesma forma, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado *Protocolo de San Salvador*, de 1988, dispôs em seu artigo 14, com a rubrica de *direito aos benefícios da cultura*, que

1. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:  
Participar da vida cultural e artística da comunidade;  
Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico;  
Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.

2. Entre as medidas que os Estados Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.
3. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e atividade criadora.
4. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.

No continente africano, vale destacar a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, chamada *Carta de Banjul*, de 1981, que dispõe em seu artigo 17:

1. Toda pessoa tem direito à educação.
  2. Toda pessoa pode tomar livremente parte na vida cultural da comunidade.
- A promoção e a proteção da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade constituem um dever do Estado no quadro da salvaguarda dos direitos humanos.

E complementa, no artigo 22:

1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade.

Já em relação aos povos árabes, embora ainda predomine na maioria dos Estados um poder autocrático de natureza divina, há uma sensível evolução no sentido de consagrarem-se os direitos fundamentais do homem. E o direito à cultura consta do Projeto de Carta dos Direitos Humanos e dos Povos no Mundo Árabe, de 1971, no artigo 33 ao 35, como segue:

Artigo 33. Todos têm direito a viver em ambiente intelectual livre, a participar da vida cultural, a desenvolver seus talentos intelectuais e criativos e a beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, artística e literária da qual seja autor.

Artigo 34. A educação e a cultura terão como meta o desenvolvimento da personalidade humana, consolidando a fé na unidade árabe, ressaltando valores espirituais e religiosos e fortalecendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais dos indivíduos e grupos.

Artigo 35. Comunidades nacionais cujos membros se sentem ligados por uma herança étnica ou cultural têm direito a preservar e usufruir de sua própria cultura e usar sua própria língua.

Enfim, hoje há uma série de documentos internacionais que consolidam o direito à cultura na esfera internacional, principalmente capitaneados pela Organização das Nações Unidas para a Cultura, Educação e Ciência – UNESCO, que disciplina os direitos culturais em suas diversas conferências. Além das Conferências da UNESCO, vale ressaltar outros tratados e convenções, tais como a Convenção Universal sobre Direito de Autor (1952), a Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural em Evento de Conflito Armado (1954), a Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural Internacional (1966), a Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial (1972), a Declaração do México sobre Políticas Culturais (1982), a Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Submerso (2001); no continente europeu, a Convenção Cultural Europeia de 1954, a Conferência Europeia para a Proteção do Patrimônio Arqueológico (1969), a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa (1985); e, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), vale destacar os Tratados sobre a Proteção dos Bens Imóveis de Valor Histórico e de Instituições Artísticas e Científicas e Monumentos Históricos, ambos de 1935, a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Arqueológico, Histórico e Artístico dos Estados Americanos (1976), entre outros.

### 1.3 A cultura nas constituições alienígenas

Como já salientado alhures, foram a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 que primeiramente trataram do direito à cultura. Após esse primeiro passo, e, principalmente, depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a cultura passou a constar do texto de quase todas as constituições modernas.

Uma das mais importantes constituições que dispuseram sobre o tema foi a Lei Fundamental que instituiu a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), seja pelo seu caráter histórico, seja por constituir uma nova modalidade de sociedade. Essa Constituição, no artigo 17 do capítulo 3, que se intitula *Desenvolvimento Social e Cultura*, dispunha:

O Estado vela pela preservação e desenvolvimento dos valores espirituais da sociedade, pela sua ampla utilização na formação moral e estética dos soviéticos e na elevação do seu nível cultural.

Na URSS é estimulado por todos os meios de desenvolvimento das atividades artísticas, quer profissionais, quer populares.

Nesse documento o chamado direito autoral não é sequer mencionado, posto que a sua razão de ser está diretamente ligada à propriedade privada e o Estado Socialista tem como um de seus maiores fundamentos a eliminação de qualquer tipo de propriedade individual. Da mesma forma, a Constituição da República de Cuba de 24 de fevereiro de 1976 e a da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982. A primeira, uma das mais completas constituições no que tange à consagração do direito à cultura, dispõe sobre este direito em diversos artigos, elegendo-o como um dos fundamentos do Estado quando o consagra como um dos fundamentos políticos, sociais e econômicos, e no artigo 8º do capítulo segundo, quando diz que o Estado socialista realiza a vontade do povo trabalhador e assegura o avanço educacional, científico, técnico e cultural do País, garantindo que não haja pessoa que não tenha acesso ao estudo, à cultura e ao esporte (alíneas a e b). Dispõe ainda no capítulo quarto (artigo 38), que trata da educação e cultura, que o Estado orienta, fomenta e promove a educação, a cultura e as ciências em todas as suas manifestações e arrola os postulados em que se deve basear a política educacional e cultural.

Já a Constituição chinesa dispõe de forma sucinta no artigo 47 de seu capítulo segundo, que trata dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, que

Os cidadãos da República Popular da China são livres de se dedicar à investigação científica, à criação literária e artística e a outras atividades culturais. O Estado incentiva e apoia as atividades criadoras, de interesse do povo, levadas a cabo por cidadãos empenhados em trabalho educativo, científico, tecnológico, literário, artístico e cultural em geral.

Nos Estados que adotam a *common law*, como Estados Unidos e Grã-Bretanha, o direito à cultura é sequer mencionado nos textos constitucionais. Em outros, como no Japão, a consagração constitucional se dá de forma tímida, dispondo tão somente no artigo 25 que todos terão direito à manutenção de padrão mínimo de subsistência cultural e salutar. Esta, felizmente, não é regra, posto que vários Estados europeus tradicionalmente contemplam em suas constituições o direito à cultura. É o caso, por exemplo, da Itália, da Espanha, da Alemanha e da França. A primeira Constituição francesa a garantir os direitos culturais foi a de 1946, que em seu preâmbulo dispunha que "a nação garante acesso igual à criança

e ao adulto à educação, à formação profissional e à cultura". À França é devido também o conceito de exceção cultural, que alguns denominam pejorativamente de política protecionista, pela qual se estabelece cotas para a cultura nacional e para culturas não hegemônicas em detrimento da indústria cultural estrangeira, particularmente a estadunidense.

A Constituição Espanhola de 1978, por sua vez, declara em seu artigo 44 que os Poderes Públicos promoverão e tutelarão o acesso à cultura, a que todos têm direito, e promoverão também a ciência e a investigação científica e técnica em benefício do interesse geral. Quanto à competência, dispõe que o Governo Central considerará o serviço da cultura como dever e atribuição essencial e que facilitará a comunicação cultural entre as Comunidades Autônomas, que, por sua vez, têm a competência de assumir o fomento da cultura, da investigação e do ensino da respectiva língua (arts. 148, 1, 17º e 149, 2).

Na América Latina é de se destacar as Constituições do Panamá, de 1985, e da Colômbia, de 1991. A primeira, dos artigos 76 a 86, dispõe que o Estado reconhece o direito de todo ser humano a participar da cultura e o seu dever de fomentar a participação de todos os cidadãos na cultura nacional, que é constituída pelas manifestações artísticas, filosóficas e científicas produzidas pelo homem no Panamá através das épocas. A Constituição panamenha protege o patrimônio cultural, as tradições folclóricas, a identidade das comunidades indígenas e o patrimônio histórico, além de se comprometer a estimular as artes nacionais. Já a Constituição colombiana, em seus artigos 70 a 72, estabelece que o Estado tem o dever de promover e fomentar o acesso à cultura de todos os colombianos em igualdade de oportunidades, por meio da educação permanente e do ensino científico, técnico, artístico e profissional em todas as etapas do processo de criação da identidade nacional. Determina que o Estado promoverá o desenvolvimento e a difusão dos valores culturais da nação e que fomentará a cultura, criando incentivos para as instituições e produtores culturais. Protege o patrimônio arqueológico e declara que a expressão artística e a busca do conhecimento são livres.

Enfim, a Constituição da República Portuguesa de 1976, profusa em direitos culturais – tanto que Canotilho (*apud* SOUZA, 1996, p. 589), quando a mencionava, falava em *Constituição cultural* –, declara que é livre a criação intelectual, artística e científica, liberdade esta que compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos do autor (art. 42º). Consagra em seu texto ainda o capítulo terceiro do título terceiro (Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais), dedicado aos direitos e deveres culturais, em que se inscreve que todos têm direito à cultura e que o Estado deve promover a democratização cultural, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e à criação cultural em colaboração com a sociedade organizada (art. 73º, 1 e 3). Garante a preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural e o apoio a iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva, nas suas múltiplas formas e expressões, assim como uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade. Prega ainda o desenvolvimento das relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegura a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro. Defende também uma maior integração entre a política cultural e as demais políticas públicas (art. 78º).

## **2 A cultura no direito brasileiro**

### **2.1 A cultura nas constituições brasileiras**

A cultura, no constitucionalismo brasileiro, foi sempre um tema quase de irrelevância, sendo tratada de forma meramente residual, sem, no entanto, ser garantida enquanto direito do cidadão brasileiro. Somente a Constituição de 1946 avançou nesse sentido ao declarar que o amparo à cultura é um dever do Estado; as demais lhe dedicaram, quando muito, um único artigo e, mesmo assim, como um instrumento de promoção de políticas educacionais ou como um adorno, um ornamento.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, por exemplo, dispunha tão somente, no número 33 do artigo 179, que os elementos das ciências, das artes e das belas-artses seriam ensinados nos colégios e universidades. A Constituição de 1891, por sua vez, estabeleceu, em seu artigo 35, 2º, que incumbia ao Congresso, mas não privativamente, desenvolver no país as letras, artes e ciências, sem privilégios que tolham a ação dos governos locais.

Já a Constituição de 1934 dispunha em seu artigo 10, inciso III, que “compete concorrentemente à União e aos Estados proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”. A Constituição de 1937, em seu artigo 128, dispunha que a arte, a ciência e o seu ensino eram livres à iniciativa individual e de associações ou pessoas coletivas, públicas e particulares e que o Estado deveria contribuir para o seu estímulo e desenvolvimento, favorecendo ou criando instituições artísticas, científicas ou de ensino. Dispunha ainda que os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as

paisagens e os locais particularmente dotados pela natureza, deveriam ser protegidos pela Nação, pelos Estados e pelos Municípios e que os atentados contra eles eram equivalentes aos crimes contra o patrimônio nacional (art. 134).

A Constituição de 1946, como já mencionado, foi a que primeiro garantiu o amparo à cultura como um dever do Estado, dispondo ainda sobre a criação de institutos de pesquisas e da proteção do patrimônio histórico e artístico (arts. 174 e 175). A Constituição de 1967, em seu artigo 172, parágrafo único, e a Emenda Constitucional número 1, de 1969, em seu artigo 180, parágrafo único, garantiram a proteção especial ao patrimônio histórico e artístico, assim como às paisagens naturais notáveis e às jazidas arqueológicas.

A Constituição-cidadã de 1988, por sua vez, deu novos contornos ao direito à cultura, inaugurando uma nova ordem jurídico-constitucional da cultura. Ela, além de consagrar os direitos culturais de natureza individual, como o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX) e o direito autoral (art. 5º, XXVII e XXVIII), e a ação popular contra ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII), dedicou à cultura a seção dois do capítulo três (*Da Educação, da Cultura e do Desporto*), do título oitavo (*Da Ordem Social*). Não bastasse, determinou as regras de competência em matéria cultural nos artigos 23, III e IV; 24, VII, VIII e IX; e 30, IX, e a consagrou nos capítulos que tratam da ciência e da tecnologia (art. 219), da comunicação social (art. 221), da família, da criança, do adolescente e do adulto (art. 227) e dos índios (art. 231).

Embora esteja prenhe de normas culturais, o direito à cultura não é mencionado nos artigos que tratam dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro (arts. 5º a 17). Será que, mesmo assim, pode ele ser considerado um direito fundamental do cidadão brasileiro? É o que será examinado a seguir.

## 2.2 Cultura: um direito fundamental do cidadão brasileiro

Bobbio (1992, p. 24-26) disse que na definição dos direitos fundamentais “não se trata de encontrar um fundamento absoluto, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”. E diz ainda que há três modos para fundamentá-los: “deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; considerá-los como verdades evidentes em si mesmas; e finalmente, a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos”, que seria a prova do consenso.

A cultura, além de ser inerente ao próprio homem, como salientado anteriormente, tem sido, contemporaneamente, tratada por

todos os tratados e constituições como um direito fundamental, como demonstrado na seção anterior. Embora tenha sido consagrado expressamente e de forma unânime na órbita internacional, o legislador constituinte pátrio não declarou de forma incontestável no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, que o direito à cultura é um dos direitos fundamentais ali assegurados. Nem mesmo no artigo 6º, que trata especificamente dos direitos sociais, ficou explicitado o direito à cultura como um daqueles direitos, sendo a redação do citado artigo a seguinte, *in verbis*:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Outrossim, alguns dos direitos culturais, especialmente os de natureza individual, como o direito autoral, o direito à liberdade de expressão e o direito de impetrar ação popular contra ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural, foram expressamente assegurados no artigo 5º, incisos IX, XXVII, XXVIII e LXXIII da Carta Magna de 1988, como já anteriormente citado. No entanto, a consagração desses direitos, que são, incontestavelmente, direitos culturais, não implica dizer que o direito à cultura em sentido lato tenha sido alçado à categoria de direito fundamental na Constituição brasileira.

Outrossim, o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ora, todos os tratados internacionais supracitados que garantem expressamente o direito à cultura e têm o Brasil como Estado parte foram ratificados pelo Estado brasileiro, o que implica dizer, numa interpretação integradora do citado dispositivo, que o direito à cultura foi recepcionado pela Constituição brasileira.

Não bastasse esse argumento inatacável, outros se apresentam para reforçar a tese de que o direito à cultura é um direito fundamental. O primeiro é o defendido por Silva (2000, p. 316), que aduz que, como o direito à educação foi consagrado no artigo 6º da Constituição como direito social, o direito à cultura, por via de consequência, dada a natureza similar de ambos – tanto que são disciplinados no mesmo capítulo do Título VIII –, também o foi. Ademais, até mesmo o lazer, que, na Constituição, é apenas uma subdivisão da seção que trata do desporto, mencionado apenas

em um parágrafo do artigo 217, foi expressamente citado como um dos direitos sociais.

Destarte, analisando-se o dispositivo constitucional sem a visseira da interpretação literal, não restarão dúvidas de que o direito à cultura, assim como o direito ao desporto, é, sim, direito fundamental do cidadão brasileiro. Isso porque aquela norma do artigo 6º é meramente exemplificativa e não taxativa, podendo ser acrescentados, por meio de uma interpretação extensiva, outros direitos que tenham as características de direitos sociais, como é o caso do direito à cultura.

Por outro lado, o direito à cultura identifica-se tanto em forma quanto em conteúdo a um direito fundamental. Formalmente, porque os direitos culturais estão encartados no texto constitucional, sendo que alguns desses direitos, como os encartados no artigo 5º, fazem parte inclusive do núcleo insusceptível de reforma da Constituição – as chamadas *cláusulas pétreas*. Em conteúdo, porque, se forem suprimidos ou negligenciados, atingem a própria dignidade humana, como o direito de expressão e a identidade individual e social (CUNHA FILHO, 2000, p. 134).

Quanto às demais características dos direitos fundamentais citadas na seção anterior, ambas se aplicam perfeitamente ao direito à cultura. Os direitos culturais são históricos, isto é, estão em constante evolução, tanto que surgem convenções e tratados internacionais constantemente tratando desse tema, inovando-o. A cultura é um direito insusceptível de ser negociado ou alienado, posto que imanente à própria natureza humana. O que pode ser alienado são os produtos culturais, enquanto artefatos materiais que retransmitem a sensação da manifestação cultural, jamais o direito à cultura. O direito à cultura pode ser exigido a qualquer tempo, pois é imprescritível, embora estejam sujeitos à prescrição o direito autoral, o direito à indenização por danos ao patrimônio cultural etc. O direito à cultura, até pelo seu caráter social, jamais pode ser renunciado, sob pena de afrontar a dignidade do ser humano.

Cunha Filho (2000, p. 41) diz que para que um direito seja considerado fundamental há que satisfazer uma dessas condições: ou deve estar inserido na Constituição, preferencialmente no título que trata dos direitos e garantias fundamentais; ou, caso não esteja inserto no texto constitucional, deve ser tão importante para o sistema jurídico que os princípios relativos aos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, o consagrem. Ora, os direitos culturais do cidadão brasileiro estão todos expressamente consagrados na Constituição, embora não estejam todos contemplados no título dois, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, todos os direitos culturais têm

ligação estrita com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o ser humano que é privado dos laços afetivos, morais e artísticos que o ligam aos seus semelhantes não tem respeitadas suas características humanas mais profundas e, portanto, vê massacrada, pisoteada e infringida a sua dignidade.

Resta saber, então, se um direito que não é encartado no título dois da Constituição Federal pode ser considerado um direito fundamental. Outro não é o entendimento abalizado de Silva (2000, p. 288), para quem há uma estrita ligação entre o capítulo dois do título dois da Constituição Federal, que trata dos direitos sociais, e o título oitavo, que dispõe sobre a *ordem social*, posto que os direitos sociais são algo ínsito na ordem social. Segundo este autor, a expressão final do artigo 6º “na forma desta Constituição”, quando trata do conteúdo dos direitos sociais, diz respeito precisamente ao título da *ordem social*.

Como o direito à cultura é expressamente garantido na seção dois do capítulo três do referido título oitavo, fica demonstrado de forma cristalina que o legislador constituinte, apesar do defeito metodológico de redação, quis dizer que o direito à cultura, assim como os demais direitos ali inseridos, é, incontestavelmente, um direito social. Deixou o constituinte ao jurista a função de interpretar de forma sistemática os dispositivos constitucionais supracitados para extrair deles os mecanismos e aspectos organizacionais que caracterizam os direitos sociais.

Certo é que o tratamento jurídico da cultura como um direito constitucional do cidadão brasileiro a elevou ao *status* de norma fundamental do direito positivo brasileiro, consagrando um direito que é a marca da própria existência de um povo. Dessa forma é que é possível falar-se numa ordenação constitucional da cultura brasileira.

## 2.2.1 A ordem constitucional da cultura

A ordem jurídica cultural brasileira é composta de instituições, princípios e direitos culturais, ambos inferidos em uma análise mais detalhada na Constituição brasileira. Assim é que Cunha Filho (2000, p. 54) identificou na Constituição Federal as seguintes instituições culturais: a *memória coletiva*, o *pluralismo cultural*, a *participação popular* e a *livre manifestação popular*.

Outrossim, diz o mencionado autor que os princípios constitucionais por excelência são:

**A) Princípio do pluralismo cultural** ou, como preferimos, **princípio da diversidade cultural**. A Constituição dispõe que o Estado garantirá o acesso às fontes da *cultura nacional* (art. 215,

*caput*). Mas, numa nação com tamanha diversidade como o Brasil, é quase impossível falar-se em cultura nacional ou brasileira (vide 2.2). Melhor seria falar-se em culturas brasileiras. Por isso, deve-se interpretar tal dispositivo em sintonia com os demais artigos, especialmente o parágrafo primeiro do citado artigo, que diz: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Isso implica dizer que o Estado brasileiro deve privilegiar em suas políticas públicas de cultura a diversidade cultural, ou seja, deve promover a democratização da cultura, sem “adotar” como oficial nenhuma das diversas culturas existentes. Este princípio decorre também da forma do Estado brasileiro adotada pela Constituição, que é um *Estado Democrático de Direito*, que consagra uma sociedade pluralista, que “respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias” (SILVA, 2000, p. 123).

Há que se salientar, inclusive, que esse princípio não se aplica tão somente ao Estado, mas a todo cidadão, que deve respeitar a pluralidade de culturas, estando sujeito às sanções penais, administrativas e civis cabíveis por qualquer tipo de discriminação cultural (cf. artigo 39 da Lei 8.313/91, entre outros). Do princípio da pluralidade cultural decorrem o direito de livre expressão cultural e o próprio direito à identidade cultural.

**B) Princípio da participação popular.** A Constituição determina que “o poder público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro” (art. 216, §1º). É a consagração da cidadania cultural, ou seja, da participação efetiva do cidadão na formulação e desenvolvimento de políticas públicas.

Essa participação popular, embora ainda de forma tímida, é aplicada pela legislação ordinária quando institui os Conselhos Federais, Estaduais e Municipais relacionados à Cultura. Ademais, a participação popular pode dar-se também por meio das ações judiciais garantidas ao cidadão em casos específicos – matéria esta a ser estudada na próxima seção, quando trataremos dos meios processuais e administrativos de tutela do direito à cultura.

**C) Princípio da atuação estatal como suporte logístico,** que preferimos denominar **princípio da intervenção cultural do Estado**. Consiste na obrigação do Estado de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (parte final do *caput* do artigo 215 da Constituição Federal), ou seja, não cabe ao Estado, no que tange à cultura, apenas uma posição passiva, no sentido de que garantirá o exercício do direito à cultura aos cidadãos somente se provocado, mas a afirmação solene de que o Esta-

do deve ser agente na implantação de uma política cultural efetiva, que valorize e difunda as diversas manifestações culturais do país.

Essa intervenção, no entanto, não deve ser entendida no sentido de dirigismo ou de cerceamento do direito à expressão e à criação cultural, mas no sentido de que o Estado deve garantir o acesso a todos os cidadãos brasileiros do direito à cultura, através de mecanismos de incentivo cultural, de apoio logístico e financeiro e, até mesmo, se necessário, da atuação direta do Estado na promoção das culturas.

**D) Princípio do respeito à memória coletiva.** Em diversas passagens da Constituição brasileira é citada a preservação do patrimônio histórico, artístico e natural como uma atividade essencial do Estado e do cidadão (v.g. arts. 5º, LXXIII; 23, III e IV; 24, VII e VIII; 30, IX; 216, V, §§ 1º, 4º e 5º). Essa proteção se justifica, porque a memória coletiva se revela principalmente nos produtos, artefatos e instrumentos que a produzem e estes suportes materiais é que, em última análise, constituem o patrimônio histórico-cultural de uma sociedade.

## **2.2.2 Os direitos culturais em espécie**

Levando-se em conta os documentos internacionais consagradores do direito à cultura, podem ser destacados os seguintes direitos culturais: o direito autoral, o direito à livre participação na vida cultural, o direito à identidade e à diversidade cultural e o direito/dever de cooperação cultural internacional.

Marilena Chauí (*apud* OLIVIERI, 2002, p. 116), numa análise político-filosófica do direito à cultura, diz que ele é composto dos seguintes direitos:

- a produzir cultura;
- a participar das decisões quanto ao fazer cultural;
- a usufruir os bens da cultura;
- a estar informado sobre os serviços culturais;
- à formação cultural e artística pública;
- à experimentação e à invenção do novo;
- a espaços para reflexão, debate e crítica;
- à informação e à comunicação.

Sintetizando, o direito à cultura para a citada autora abrange ação o apoio ao fomento, à criação, à produção, à distribuição e ao acesso dos bens culturais.

Silva (2000, p. 316; 2001, p. 51-52), analisando os artigos 5º, 215 e 216 da Constituição brasileira, concluiu que os direitos culturais assegurados ao cidadão brasileiro são:

- liberdade de expressão cultural da atividade intelectual, artística e científica;
- direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- direito de acesso às fontes da cultura nacional;
- direito de difusão das manifestações culturais;
- direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional;
- direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.

Cumpre acrescentar a essa lista o direito à identidade e à diversidade cultural (que está diretamente relacionado ao direito de proteção das diversas culturas brasileiras – art. 215, § 1º da Constituição Federal – mas vão além dele), o direito/dever de cooperação cultural internacional, especialmente a integração cultural, econômica, política e social dos povos da América Latina (art. 4º, parágrafo único da Constituição Federal), os direitos autorais e o direito de participação cultural.

Vejamos, mais detidamente, cada um destes direitos culturais consagrados na Constituição Federal:

#### **A) Liberdade de expressão cultural**

A liberdade de expressão cultural pressupõe a liberdade de ação cultural, que por sua vez já é assegurada no artigo 5º, II, da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí se prevê a liberdade de fazer, a liberdade de atuar, a liberdade de agir (SILVA, 2001, p. 55). A liberdade de expressão cultural é um direito de primeira dimensão, posto que, segundo Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*apud* SILVA, 2001, p. 57-58):

envolve um dever de abstenção do Estado e dos demais quanto a uma faculdade de pensar, de emitir pensamento, de criar artisticamente, de professar determinado culto religioso ou doutrina política, sem qualquer embaraço, respeitados os direitos das demais pessoas. Assim, a liberdade de expressão engloba as atividades artísticas humanas como cinema, teatro, novela, humor, desenho, pintura, criação literária, música, além da manifestação de qualquer opinião.

O artigo 220 da Constituição dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, obser-

vado o disposto nesta Constituição”, vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística. A Constituição, além de garantir a liberdade de expressão, protege, especificamente, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II). A liberdade de expressão estende-se também às emissoras de rádio e televisão, conforme dispõe a Constituição no artigo 221, obedecendo aos seguintes princípios:

- I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Como se vê, essa liberdade de expressão não é absoluta, cabendo ao Estado, na forma da lei, estabelecer regras de defesa da pessoa e da família, podendo inclusive classificar os programas de rádio e televisão e as diversões públicas, para efeitos indicativos, conforme permissivo do artigo 21, XVI, da Constituição Federal.

No entanto, deve-se ter em conta que a liberdade de expressão independe de censura ou licença de qualquer espécie, conforme preceituam os artigos 5º, IX e 220, § 2º da Constituição Federal. Outro não é o entendimento dos tribunais brasileiros, como, por exemplo, a decisão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no Mandado de Segurança 1.011/95, que teve como relator o desembargador João Wehbi Dib, cuja ementa dispõe que “a liberdade de expressão é direito fundamental. Vedação total da censura. Os autores de possíveis abusos ao direito de expressão respondem civil e criminalmente”.

### **B) Direito de criação cultural**

Além da liberdade para se expressar, há que se garantir ao cidadão o direito de criar bens culturais, isto é, o ser humano não pode ser apenas receptor de atividades e produtos culturais hegemônicos, mas deve, também, ter assegurado o direito de produzir cultura. Essa talvez seja uma das mais difíceis e, ao mesmo tempo, uma das mais importantes tarefas de uma política cultural democrática, posto que a maioria dos administradores confunde o acesso com a criação cultural. Pouquíssimas políticas públicas de cultura estimulam os cidadãos a produzirem cultura. Quando muito disponibilizam incentivos fiscais ou parafiscais ou, ainda, outras formas de apoio para que uma determinada manifestação cultural se expresse ou se amplie.

### **C) Direito de acesso à cultura nacional**

O artigo 215 da Constituição dispõe que "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional", consagrando o direito de acesso à cultura. Entretanto, o texto constitucional fala no acesso à cultura nacional, sendo que este termo, geralmente, se contrapõe ao sentido de cultura "regional", "estadual" e "local". Mas a Constituição quando fala em cultura nacional ou brasileira a utiliza em oposição ao sentido de "estrangeiro" e "internacional", diferenciando e destacando a cultura brasileira da cultura estrangeira (SILVA, 2001, p. 77-78).

Então, não é função do Estado garantir o acesso aos bens culturais estrangeiros, notadamente os bens culturais da humanidade? Consideramos que sim, e, embora não seja consagrado o acesso à cultura universal na Constituição brasileira como um direito do cidadão, inúmeros tratados que tratam sobre o tema ratificados pelo Brasil asseguram esse direito.

Desta garantia de acesso aos bens culturais surge ainda uma série de interrogações, tais como: a que cultura nacional o cidadão brasileiro deve ter acesso? A Constituição fala em acesso às fontes da cultura nacional, mas qual (ou quais) cultura é a nacional? Quem determina o que seja ou não cultura nacional? Somente há pistas na Constituição para essas perguntas, sendo a mais importante a que trata da proteção das manifestações populares, indígenas, afro-brasileiras e de grupos que formaram a civilização brasileira (art. 215, § 1º). Mas será que só as manifestações culturais desses povos e/ou camadas sociais devem ser consideradas nacionais? Esses questionamentos devem ser respondidos na elaboração das políticas culturais à luz dos princípios democráticos consagrados na Constituição, tendo-se em vista a diversidade cultural de nosso povo, sem, contudo, impor uma determinada cultura como legítima representante da cultura nacional.

### **D) Direito de difusão cultural**

Dispõe o artigo 215, *caput*, da Constituição Federal que o Estado apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Cabe ao Estado uma ação afirmativa no sentido de fazer com que as diversas manifestações sejam difundidas, guardando este direito estreita relação com o direito de acesso à cultura, pois somente com a maior difusão dos bens e produtos culturais é que se aumentará o acesso à cultura. Outrossim, o Estado não pode inibir a difusão dos bens culturais, mas, antes, deve incentivá-la e apoiá-la.

A respeito da difusão cultural, já dispunha o preâmbulo da Constituição da UNESCO que

a ampla difusão da cultura e da educação da humanidade para a justiça, a liberdade e a paz é indispensável para a dignidade do homem e constitui um dever sagrado que todas as nações devem cumprir com um espírito de responsabilidade e de ajuda mútua.

### **E) Direito à identidade e à diversidade cultural**

O direito à identidade e à diversidade cultural, embora restritivamente, está consagrado na Constituição através do artigo 215, § 1º, que dispõe: “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Essa proteção é algo mais do que simplesmente apoiar e incentivar. Exigem-se ações governamentais de preservação, valorização e difusão dessas culturas consideradas especiais para a nação brasileira.

Mas essa proteção especial não implica, de forma alguma, a supressão das outras culturas, posto que um dos princípios que regem nossa Constituição é justamente o de uma sociedade pluralista, sendo o pluralismo cultural também um princípio constitucional da cultura. Daí que a Carta Política fala em culturas populares, indígenas e afro-brasileiras no plural, destacando as diversas formas de manifestação cultural desses povos. O pluralismo decorre inclusiva da democracia, pois toda sociedade é composta de uma pluralidade de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos, sendo que ambos devem ter liberdade para se expressar da forma que melhor lhes convier.

Aliás, é a diversidade cultural brasileira o nosso traço mais distintivo e, ao mesmo tempo, mais admirado pelos povos estrangeiros nestes tempos de intolerância racial, cultural e ideológica. O direito à diversidade cultural implica, necessariamente, respeitar a identidade cultural do outro, sendo estes direitos conexos.

A Conferência Mundial da UNESCO sobre políticas culturais, de 1982, estabeleceu que “cada cultura representa um conjunto de valores únicos e insubstituíveis, já que as tradições e as formas de expressão de cada povo constituem a sua maneira mais exitosa de estar presente no mundo”.

Garantir o direito à diversidade é respeitar e proteger as diferenças e não criar desigualdades, pois as diferenças são biológicas e culturais, enquanto as desigualdades são arbitrárias, estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. As desigualdades devem ser proscritas, mas as diferenças devem ser respeitadas, posto que representam a riqueza cultural de um povo (COMPARATO, 2001, p. 200).

Nesse sentido é que a UNESCO, por meio da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2 de novembro de 2001,

erigiu a diversidade cultural como um patrimônio comum da humanidade, como dispõe o artigo 1º da citada declaração, *in verbis*:

A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

#### **F) Direito de formação e proteção do patrimônio cultural**

O patrimônio cultural brasileiro, descrito no artigo 216 da Constituição, deve ser promovido e protegido pelo poder público e a comunidade, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º da Constituição Federal). Outrossim, o artigo 215, § 1º dispõe que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

A Constituição Federal, nos incisos III e IV do artigo 23, declara que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, bem como “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de artes e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural”. Já os incisos VII e VIII do artigo 24 dispõem que a União, os Estados e o Distrito Federal devem legislar concorrentemente sobre “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”, assim como sobre a responsabilidade por dano a esses bens culturais.

Como se dá essa proteção está contido no artigo 216, § 1º, segundo o qual “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento”. Cumpre ressaltar, porém, que não basta proteger o patrimônio cultural, sendo de fundamental importância também a sua formação, daí que o tombamento e a desapropriação são institutos essenciais para que o patrimônio cultural, que é dinâmico, se renove e se amplie ao longo do tempo.

Outro bem cultural essencial que deve ser preservado e protegido é a língua portuguesa, pois, segundo Ricci Pontier e Bourdon

(*apud* SILVA, 2001, p. 212), a “proteção da língua é um elemento-chave da política cultural de um país, porquanto a língua é ao mesmo tempo um instrumento de comunicação, um modo de representação do real e uma certa concepção do mundo”.

### **G) Direito/dever de cooperação cultural internacional**

Vários tratados internacionais tratam da cooperação cultural internacional, especialmente o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais em seu artigo 15, 4 e o Pacto de San José de Costa Rica em seu artigo 26 (item 3.2.1), além de diversas outras Convenções da UNESCO. Embora a consagração da cooperação cultural entre os Estados nos tratados internacionais seja explícita e, por via de consequência, recepcionada pelo Brasil, a Constituição só tratou dessa cooperação no parágrafo único do artigo 4º, que versa sobre os princípios que regem as relações na órbita internacional, dispondo que “a República Federativa do Brasil buscará a **integração** econômica, política, social e **cultural** dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Enfim, essa cooperação internacional no que tange à cultura é fundamental para qualquer país democrático, posto que há bens nacionais que recebem a característica de bens da humanidade, não pertencendo a este ou àquele Estado, mas a todos os homens indistintamente, constituindo-se num verdadeiro direito difuso: é o chamado patrimônio cultural da humanidade.

É objetivo do Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), segundo o artigo 1º da Lei nº 8.313, de 1991, “desenvolver a consciência internacional e o respeito aos valores culturais de outros povos e nações”, além de “estimular a produção e difusão de bens culturais de valor universal, formadores e informadores de conhecimento, cultura e memória”. Trata-se da consagração na lei ordinária desta cooperação entre povos e nações, que implica respeito às outras culturas, equilíbrio na troca de bens simbólicos, igualdade entre as culturas e respeito à diversidade, na busca de uma paz mundial.

### **H) Direitos autorais**

Silva (2001, p. 176) não considera os direitos autorais como direitos culturais, sob o fundamento de que são direitos patrimoniais de natureza privada, ao passo que os direitos culturais são direitos sociais. Ousamos discordar, posto que, como já salientado na seção anterior quando tratamos da classificação dos direitos fundamentais, o direito à cultura é uma fórmula genérica que, embora de segunda geração, no sentido de exigir uma prestação positiva do Estado, inclui uma série de direitos culturais das diversas gerações de direitos, entre eles os direitos autorais. O simples fato de serem

classificados como direitos de primeira geração não exclui sua característica de direito eminentemente cultural, estando, portanto, açambarcado pela classificação geral de direito à cultura.

Não se cuidará aqui de esmiuçar a matéria sobre direitos autorais, por demais extensa e que não é o foco central do presente trabalho. Cabe delinear suas linhas básicas, principalmente de ordem constitucional, para demonstrar sua natureza de direito cultural fundamental do cidadão brasileiro.

A proteção essencial do direito à cultura está insculpida no artigo 5º, XXVII, que determina que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Dispõe ainda o inciso XXVIII do referido artigo que são assegurados, na forma da lei, aos autores:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem os criadores aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas [...].

Os direitos de autor são conceituados como “um conjunto de faculdades morais e patrimoniais que a Constituição e a lei conferem ao autor sobre a obra intelectual ou artística que tenha produzido ou venha a produzir” (SILVA, 2001, p. 176). São regulamentados pela Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que disciplina quais obras são protegidas, como se dará o registro e a utilização destas obras, as sanções aplicáveis em caso de violação dos direitos autorais etc.

Importa ressaltar a proteção internacional dos direitos autorais (*copyright*), especialmente o dispositivo 27-2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que dispõe: “Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

### I) Direito de participação cultural

A participação cultural foi disciplinada de forma tímida pela Constituição quando esta trata no artigo 216, § 1º que “o poder público, com a **colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro [...].” É prevista ainda a participação do cidadão no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição, que trata da ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural do Estado ou de entidade de que o Estado participe.

Cabe ressaltar, no entanto, que essa participação deve se dar tanto nos processos quanto nos produtos culturais, ou seja, a população brasileira não pode ser somente receptora de produtos culturais prontos e acabados, mas deve participar ativamente das discussões e decisões sobre quais produtos e manifestações são importantes para a comunidade. Esta política de abrir canais de participação popular é chamada de *empoderamento* (*empowerment*), que é uma forma de atribuir poder aos atores sociais, para estimular o exercício da cidadania através de métodos de decisão democráticos (FARIA, 2000, p. 14-15).

Coube às leis ordinárias, no entanto, a maior evolução quanto à participação cultural dos cidadãos, especialmente ao prever a criação de Comissões e Conselhos de Cultura. Assim é que a Lei nº 8.313/91 criou a Comissão Nacional de Incentivo à Cultura para a avaliação de projetos culturais, com composição paritária entre representantes da sociedade e do Poder Público. No entanto, ainda falta muito para que este diálogo entre o poder público e os agentes culturais seja, de fato, construtor de uma nova política cultural, visto que o processo de participação nas decisões é mais complexo do que a simples criação de órgãos colegiados. Mais até do que a institucionalização da participação cultural, torna-se necessário que os governantes estejam dispostos a superar o corporativismo e o fisiologismo que ainda grassa nas administrações para ouvir a voz dos órgãos, agentes e associações que criam, difundem e promovem a nossa cultura.

## **Conclusão**

O homem, embora seja um ser eminentemente cultural, quase sempre desconsidera a cultura como um bem fundamental. Muitos veem a cultura como um mero ornamento, um penduricalho, um artigo de luxo. Mas a história e os documentos internacionais vêm comprovar que o direito à cultura é um dos mais importantes direitos fundamentais contemporâneos, pois só por meio de sua garantia é que os povos respeitarão a identidade cultural, ideológica, social e religiosa uns dos outros. No período de intolerância em que vivemos, a cultura certamente é um baluarte na disseminação de alternativas pacíficas de solução de conflitos, além de ser meio de expressão da criatividade, da inovação, do prazer, da beleza e do saber humanos.

Nesse contexto histórico, a Constituição brasileira de 1988, apesar do defeito de redação – pois insere a cultura no título que trata da ordem social em vez de incluí-la no título que trata dos direitos fundamentais –, consagra o direito à cultura como um direito fundamental do cidadão brasileiro, sendo esta a conclusão

que se chega por meio da análise de obras de abalizados constitucionalistas pátrios. Para comprovar este caráter fundamental do direito à cultura, optou-se no trabalho em tela por, primeiramente, definir o termo cultura, fazendo um estudo interdisciplinar entre as diversas áreas do conhecimento que estudam o tema, partindo-se, logo após, para a definição e caracterização de direito fundamental, com o objetivo de situar e de determinar a natureza jurídica do direito à cultura, para, enfim, tratar mais especificamente sobre o direito à cultura, primeiramente na órbita internacional e, logo depois, no direito constitucional pátrio.

Destarte, a hipótese lançada de que, mesmo não constando o direito à cultura expressamente nos artigos que tratam dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro na Constituição Federal, ele deve ser considerado como tal, devido à sua natureza jurídica. Isso porque além de o direito à cultura ser um direito social inofensável, ligado que é ao direito à educação e ao direito ao lazer, expressamente consagrados no artigo 6º da Constituição Federal, também é ele objeto de diversos tratados internacionais, que, por disposição constitucional, podem acrescentar direitos fundamentais ao rol elencado na Carta Magna de 1988. Constatando-se que o direito à cultura é, sem sombra de dúvidas, um direito fundamental de segunda geração, conclui-se, por interpretação do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, que, tal como os outros direitos fundamentais, deve ter aplicação imediata. E mais, o direito à cultura, especialmente os direitos culturais de natureza individual, não pode ser suprimido pelo poder constituinte derivado por meio de emendas, pois faz parte do núcleo imutável da Constituição Federal denominado pela doutrina de *cláusulas pétreas* (art. 60, § 4º, IV), conforme entendimento de substanciosas doutrinas jurídicas. Ora, como o direito à cultura é um direito fundamental e, portanto, possui aplicação imediata, não se pode argumentar que as normas constitucionais que o consagram são programáticas, daí a necessidade de se delinear os meios jurídicos necessários para dar efetividade a esse direito.

Portanto, mais do que consagrar o direito à cultura, é necessário dar-lhe efetividade, pois, jogado como está no limbo dos direitos de segunda dimensão, que incluem ainda os direitos sociais e econômicos, é o mais relegado dos direitos, apesar de todos os demais direitos fundamentais também serem flagrantemente violentados. Escoltados por argumentos ideológicos de que os direitos de segunda dimensão são meramente normas programáticas, sem nenhuma efetividade e exequibilidade, doutrinadores e políticos se recusam a dar-lhes o mínimo de eficácia, protelando-os *ad eternum*.

Buscar alternativas para tornar efetivos os direitos sociais, econômicos e culturais é uma das tarefas mais honrosas para o estudioso do direito que não se contenta em elaborar fórmulas teóricas sobre o mundo jurídico, mas que se compromete a transformar o substrato social que lhe dá fundamento. Pois só por meio da realização dos direitos fundamentais de segunda dimensão é que poderá-se-á falar em liberdade, igualdade e solidariedade, fundamentos dos direitos humanos.

A cultura é, sem sombra de dúvidas, a maior riqueza de uma nação e como tal deve ser estimulada, incentivada e preservada, para que todos os cidadãos tenham pleno acesso aos bens culturais. O direito à cultura, como o direito à educação, à saúde, a um meio ambiente saudável, é um direito básico de cidadania e todo Estado que respeita a dignidade da pessoa humana – prevista expressamente como um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III) – deve não só prever, mas também garantir esse fundamental direito.

A partir da Constituição de 1988, felizmente, estão à disposição dos cidadãos brasileiros vários instrumentos processuais e administrativos para dar efetividade ao direito à cultura, como um direito de aplicação imediata que é, segundo interpretação do próprio dispositivo constitucional. Outrossim, na órbita internacional também está garantido o direito de provocar os órgãos das Nações Unidas para dar efetividade aos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais.

Cabe aos cidadãos, portanto, tornar o direito à cultura um direito eficazmente protegido, pois o dinamismo da transformação histórica social se dá, principalmente, pela atitude cidadã. Por isso é que hoje se fala em cidadania e democracia culturais, posto que o direito à cultura – assim como os demais direitos fundamentais – só será eficazmente garantido com a participação efetiva dos cidadãos na construção das políticas públicas e na defesa intransigente, seja administrativa ou juridicamente, dos direitos que lhes são assegurados.

Para tanto, vale a participação efetiva nos conselhos municipais, estaduais e federais de cultura e de patrimônio histórico, nas comissões de incentivo à cultura, nas associações, nas fundações e nos institutos que promovem a cultura e a cidadania e, sobretudo, vale a fiscalização e a exigência diuturnas do cumprimento das funções e atividades públicas atribuídas às autoridades constituídas. Só assim, com o verdadeiro exercício da cidadania, é que dar-se-á efetividade ao direito à cultura e a todos os outros direitos assegurados ao cidadão.

O Brasil, como um caldeirão de raças e culturas diversificadas, tem uma lição de harmonia e de respeito à diferença a dar ao

mundo, cercado de conflitos ideológicos, étnicos e culturais, e isso só será possível se forem garantidos a todos os cidadãos os direitos culturais assegurados pela Constituição brasileira e pelos tratados internacionais. Para tanto, cabe aos governantes, com a participação ativa da comunidade de cidadãos, inserir em suas políticas formas efetivas de garantia dos direitos culturais, universalizando os bens e instituições culturais sem, no entanto, privilegiar determinados grupos em detrimento de outros, tratando com o devido respeito e com os mecanismos adequados de incentivo as manifestações culturais, conforme sua especificidade e importância social.

O histórico texto constitucional de 1988, que, pela primeira vez, tratou de forma sistemática e abundante sobre o direito à cultura, consagrando os direitos à participação cultural, à liberdade de expressão cultural, aos direitos autorais, à proteção do patrimônio histórico-cultural, à cooperação cultural internacional, à criação, ao acesso e à difusão cultural, só deixará de ser "letra morta" quando a democracia cultural for exigida pelos próprios cidadãos. Meios legais para esse exercício cidadão foram disponibilizados no texto constitucional e na legislação ordinária brasileira, cabendo aos cidadãos lançarem mão dessas garantias quando o seu direito for violado ou não for atendido.

A cultura promove a inserção social das classes alijadas do processo de desenvolvimento nacional, além de ser instrumento de geração de emprego e renda e de contribuir para a redução da violência. A cultura desenvolve a criatividade, o prazer, os sentidos, as emoções, enfim, torna as pessoas mais sensíveis ao outro, ao diferente, ao novo. A cultura gera divisas econômicas, fortalece ideologias, dissemina a paz. Proteger as culturas nacionais e garantir instrumentos jurídicos eficazes à sua proteção, disseminação e exercício é garantir a própria sobrevivência do Estado enquanto nação, pois a cultura é a argamassa que une e ao mesmo tempo diferencia as diversas nações e regiões. Por isso e por outras inúmeras razões, é que os direitos culturais são fundamentais não somente para a preservação e evolução da civilização brasileira, mas também e principalmente para que o cidadão brasileiro, seja qual for sua raça, cor, cultura ou religião, tenha assegurada a sua dignidade enquanto pessoa humana. Pois, como bem observou Marx (*apud* VALENTINO SOBRINHO, 1996, p. 586), uma sociedade somente será justa quando garantir a um menino que nascer com o talento de um Mozart todas as condições para tornar-se outro Mozart.

## Referências

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- FARIA, Hamilton. O desenvolvimento cultural como desafio. **Pólis**, São Paulo, n. 36, p. 11-20, 2000.
- OLIVIERI, Cristiane Garcia. **O incentivo fiscal federal à cultura e o fundo nacional de cultura como política cultural do Estado: usos da Lei Rouanet (1996-2000)**. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- ROS, Patrick. Apontamentos Acerca das Normas de Tutela dos Bens Culturais no Direito Interno, Internacional e Comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 234, p. 195-229, out./dez. 2003.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direitos culturais. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.
- VALENTINO SOBRINHO, Raphael. Direitos culturais: para uma nova visão humanista. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. São José, Costa Rica: IIDH, 1996.



# Recuperação judicial de créditos e paraísos fiscais

**Gilberto Moreira Costa**

*Procurador da Fazenda Nacional*

*Ex-advogado da CAIXA*

## RESUMO

A presente investigação, sem a pretensão de esgotamento do tema, pretende suscitar reflexões acerca das possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário na recuperação de créditos diante de devedores estabelecidos ou com seus patrimônios blindados em países, províncias ou estados componentes de países soberanos considerados paraísos fiscais de forma que a angústia dos credores destes devedores “intocáveis” seja, ao menos, minorada com a esperança de efetividade judicial na satisfação de seus créditos.

**Palavras-chave:** Recuperação judicial de créditos. Paraísos fiscais. Blindagem Patrimonial *Off-Shore*. Cooperação jurídica internacional.

## ABSTRACT

This research, without claiming to exhaust the subject, aims to encourage reflection on the possibilities and limits of judicial power in the recovery of claims on debtors established or shielded their assets in countries, provinces or states components of sovereign haven tax so that the anguish of the creditors of these debtors ‘untouchables’ is, at least, eased with the hope of effectiveness in meeting their legal claims.

**Keywords:** Recovery of credits by judicial power. Tax havens. Equity Shield Off-Shore. International legal cooperation.

## Introdução

Não há quem goste de pagar impostos. Ao longo da História não faltam exemplos de guerras, revoluções com ruptura da ordem social motivadas, ou mesmo deflagradas, pela insatisfação com excessos na cobrança de tributos.

Um exemplo pouco conhecido desse recorrente sentimento histórico se refere ao tempo em que a cobrança de impostos foi “privatizada”.

Findo o Império Romano, seu vasto território passou a ser alvo da cobiça dos chamados povos bárbaros, tribos que mais tarde tornar-se-iam reinos até a constituição dos Estados Nacionais.

Os reis francos, antecessores distantes dos atuais franceses, na conquista sangrenta de territórios valiam-se do então complexo sistema de tributação deixado pelos romanos, fonte de riqueza pessoal dos reis e de cada guerreiro a seu serviço.

Assim cada guerreiro teria direito a parte das riquezas espoliadas, sem contar a expectativa que nutriam junto aos reis na obtenção de recompensas pelos serviços a eles prestados, expectativa satisfeita, até certo ponto, pelos reis merovíngios e carolíngeos.

Ocorre que os reis, mesmo reconhecendo o direito dos guerreiros à obtenção de parte dos bens obtidos pelo sangue derramado, os dispensavam do pagamento daqueles devidos pelos povos subjugados, porém tentavam a captação de impostos incidentes sobre os territórios incorporados aos seus reinos.

Obviamente que tal tributação direta sofreu resistência por parte dos guerreiros e a realeza saiu derrotada, ou seja, os impostos incidentes diretamente sobre propriedade das terras conquistadas foram “privatizados”, dado que eram pagos pelos camponeses aos conquistadores de tais territórios, e não aos reis a quem tais conquistadores deviam vassalagem. Assim, “franco” passou a significar livre de impostos, termo que até hoje significa isento de pagamento (ARIÉS; DUBY, 2009, p. 413).

Hoje em dia é desnecessária a luta banhada em sangue para que os agentes econômicos se vejam livres de impostos, basta que se estabeleçam nos paraísos fiscais.

## 1 Paraísos fiscais – breves considerações

O conceito inicial de paraíso fiscal conduz à ideia de país ou Estado soberano que não tributa ou tributa em valores ou percentuais baixos ou irrisórios a renda e o patrimônio das pessoas, físicas ou jurídicas, neles domiciliadas.

Com efeito, muitos desses países ou cidades-Estado espalhados pelo globo, normalmente com o propósito de atraírem capitais e patrimônios e fomentarem suas economias, passaram a não tributar ou mesmo a tributar em valores irrisórios os haveres daqueles que para lá resolvessem fixar seus domicílios, prática a rigor isenta de maiores críticas, por se tratar de reflexo do exercício soberano de seu poder de tributar.

Ocorre que, diante do sucesso de tal “vantagem competitiva econômica”, muitas regiões, províncias ou estados federados também adotaram tal prática, (exemplifiqu-se com as ilhas inglesas

do Canal da Mancha Alderney, Guernsey, Jersey e Sark) bem como, na concorrência pela maior atratividade dos capitais e patrimônios em busca de abrigo à tributação, passaram a oferecer e garantir o sigilo total ou parcial das informações fiscais, financeiras e empresariais dos agentes econômicos neles domiciliados, inclusive perante as autoridades dos países de origem de tais agentes.

Tal sigilo garantiu abrigo seguro para riquezas e patrimônios de origem criminosa, servindo inclusive de plataforma para o financiamento de organizações criminosas transnacionais ligadas ao terrorismo, tráfico internacional de drogas e armas, entre outras.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) – entidade criada em 30 de setembro de 1961, mediante convenção firmada entre o Canadá e os Estados Unidos da América com os membros da Organização para a Cooperação Econômica Europeia, tendo como objetivo primacial a cooperação para o desenvolvimento econômico entre seus membros – atenta ao problema e levando em conta um padrão fiscal internacional, estabeleceu quatro critérios para considerar as jurisdições como paraísos fiscais, a saber<sup>1</sup>:

- a) inexistência de tributação, ou tributação meramente nominal, sobre patrimônio ou renda;
- b) ausência de transparência em relação às informações fiscais;
- c) locais onde as leis ou práticas administrativas impedem o intercâmbio de informações fiscais e bancárias com outros governos;
- d) ausência de exigências e controle para os agentes econômicos se estabelecerem ou exercerem suas atividades.

Como corolário dessa definição, a OCDE passou a divulgar listas de países, ou territórios, tidos por paraísos fiscais, classificando-os tendo em conta o grau de cooperação internacional no compartilhamento de informações fiscais e bancárias, sendo que em 2 de abril de 2009 publicou em seu sítio eletrônico duas listas de paraísos fiscais: a) a de países e territórios que não cooperam e b) a dos países que cooperam, subdividida esta em países e territórios que cooperam totalmente e países e territórios que cooperam parcialmente.<sup>2</sup>

Indubitavelmente os paraísos fiscais colocam em risco a satisfação dos credores mundo afora, quando, no abuso do sigilo fiscal, bancário e empresarial, servem à proteção plena dos patrimônios de devedores neles estabelecidos, prática usualmente denominada *Blindagem Patrimonial Off-Shore*.

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/documentprint/>>. Acesso em: 25 out. 2011.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/taxhaven/list>>. Acesso em: 27 out. 2011.

## 2 Um caso de Blindagem Patrimonial Off-Shore

Durante a análise da estrutura societária de uma empresa grande devedora da Procuradoria da Fazenda Nacional em Minas Gerais, deparei-me com um caso emblemático de Blindagem Patrimonial Off-Shore.

Tratava-se de empresa estabelecida e em operação num município da grande Belo Horizonte há mais de trinta anos, detentora de participação nacional significativa de seu segmento de mercado, titular de marca renomada de seu principal produto de comercialização.

Pois bem, dita sociedade foi constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, sendo que 99,99% das ações representativas de seu capital social era de titularidade de outra sociedade anônima de capital fechado, sua controladora.

Por sua vez, 99,99% das ações representativas do capital social da sociedade controladora eram de titularidade da empresa [...] *LLC*, ou seja, uma *Limited Law Company*, sediada na cidade de Cheyenne, capital e maior cidade do estado norte-americano do Wyoming.

Através de alteração estatutária registrada na Junta Comercial de Minas Gerais, os antigos controladores da empresa, como num passe de mágica, transferiram o controle da empresa para um estado componente dos Estados Unidos da América, tendo em vista que referido estado garante o sigilo das informações empresariais das empresas sediadas em seu território e constituídas sob suas leis.

É este o aspecto inusitado e desanimador do caso, um estado componente da grande Federação Estadunidense passível de ser denominado paraíso fiscal, pelo fato de garantir sigilo de informações referentes a empresas lá estabelecidas.

## 3 A legislação brasileira do Imposto de Renda e a lista da OCDE

O artigo 24 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto de Renda, estabelece critérios para o reconhecimento válido de dedução de despesas e apropriação de receitas nas operações de venda de bens de serviços praticadas entre pessoas domiciliadas no Brasil com pessoas domiciliadas em países sob regime de tributação favorecida, bem como conceitua os regimes fiscais privilegiados para fins de aplicação das mesmas regras aplicáveis às operações praticadas com domiciliados em paraísos fiscais, nos seguintes termos<sup>3</sup>:

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/Ant2000/lei943096.htm>>. Acesso em: 25 out. 2011.

**Art. 24.** As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento. § 1º Para efeito do disposto na parte final deste artigo, será considerada a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação.

§ 2º No caso de pessoa física residente no Brasil:  
I - o valor apurado segundo os métodos de que trata o art. 18 será considerado como custo de aquisição para efeito de apuração de ganho de capital na alienação do bem ou direito; II - o preço relativo ao bem ou direito alienado, para efeito de apuração de ganho de capital, será o apurado de conformidade com o disposto no art. 19; III - será considerado como rendimento tributável o preço dos serviços prestados apurado de conformidade com o disposto no art. 19; IV - serão considerados como rendimento tributável os juros determinados de conformidade com o art. 22.

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, considerar-se-á separadamente a tributação do trabalho e do capital, bem como as dependências do país de residência ou domicílio. (Incluído pela Lei nº 10.451, de 2002)

§ 4º Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008) (Vide art. 41da Lei 11.727/2008)

**Art 24-A.** Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009)

I - não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

II - conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

III - não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

IV - não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

**Art 24-B.** O Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer os percentuais de que tratam o caput do art. 24 e os incisos I e III do parágrafo único do art. 24-A, ambos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

Parágrafo único. O uso da faculdade prevista no caput deste artigo poderá também ser aplicado, de forma excepcional e restrita, a países que componham blocos econômicos dos quais o País participe. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

A Instrução Normativa SRF nº 188, de 6 de agosto de 2002, limitou-se a listar 23 países ou dependências com tributação favorecida ou que oponham sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas, para fins de aplicação das normas do Imposto de Renda.

Referida Instrução Normativa foi revogada em 4 de junho de 2010 pela Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 4 de junho de 2010, que, além de listar os países ou dependências tidos como paraísos fiscais, elencou em seu artigo 2º quais seriam os regimes fiscais privilegiados, conforme adiante:

**Art. 2º** São regimes fiscais privilegiados:

I - com referência à legislação de Luxemburgo, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **holding company**; (Revogado pelo Ato Declaratório Executivo RFB nº 3, de 25 de março de 2011)

II - com referência à legislação do Uruguai, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de "Sociedades Financeiras de Inversão (Safis)" até 31 de dezembro de 2010;

III - com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **holding company**;

IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **holding company**;

- III - com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.045, de 23 de junho de 2010)
- IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.045, de 23 de junho de 2010) (Vide Ato Declaratório Executivo RFB nº 10, de 24 de junho de 2010)
- V - com referência à legislação da Islândia, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **International Trading Company (ITC)**;
- VI - com referência à legislação da Hungria, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **offshore KFT**;
- VII - com referência à legislação dos Estados Unidos da América, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **Limited Liability Company (LLC)** estaduais, cuja participação seja composta de não residentes, não sujeitas ao imposto de renda federal; ou
- VIII - com referência à legislação da Espanha, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (E.T.V.Es.)**;
- IX - com referência à legislação de Malta, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de **International Trading Company (ITC)** e de **International Holding Company (IHC)**.

Conforme dito anteriormente, a OCDE divulgou em 2 de abril de 2009 duas listas de paraísos fiscais: a) a de países e territórios que não cooperam e b) a dos países que cooperam, subdividida esta em países e territórios que cooperam totalmente e países e territórios que cooperam parcialmente.

Curiosamente, na lista dos países que cooperam totalmente se encontram Dinamarca, Holanda, Islândia, Hungria, Estados Unidos da América, Espanha e Malta, os mesmos que mereceram maior atenção da Receita Federal do Brasil, que, corajosamente, equiparou as operações praticadas para com tais nações, nas condições que define, àquelas perpetradas por paraísos fiscais.

A razão de tal conduta reside no fato, surpreendente é verdade, de que tais nações, democracias que funcionam sob o império do Estado Democrático de Direito, toleram práticas comerciais típicas de paraísos fiscais, especialmente a prática nefasta da blindagem patrimonial.

## 4 A recuperação judicial de créditos

No Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário detém, via de regra, o monopólio da força para a submissão legítima de vontade resistente a uma pretensão legítima.

O credor necessita da intervenção judicial para buscar no patrimônio do devedor recalcitrante o bem, ou seu valor em dinheiro, necessário à satisfação de seu crédito; todavia, jurisdição é reflexo da soberania estatal, ou seja, esta é o limite daquela, assim, como superar a perplexidade quando o patrimônio do devedor, alvo do credor, estiver fora do alcance da jurisdição do feito, pelo fato de sua titularidade estar acometida a pessoa jurídica domiciliada em paraíso fiscal?

Quando a efetividade da jurisdição se vê ameaçada pelo princípio da soberania das nações, necessária se faz a cooperação jurídica internacional de forma a garantir, via tratados e convenções, o intercâmbio entre as nações soberanas e o prestígio ao Princípio da Justiça Universal.

### 4.1 A cooperação jurídica internacional – uma novidade promissora

Num mundo globalizado onde a comunicação flui em segundos e a transferência de recursos financeiros pode ser feita em dias ou mesmo em horas, as cartas rogatórias, mecanismo tradicional de cooperação jurídica entre Estados soberanos dada sua utilização eminentemente processual e a conhecida lentidão em sua efetivação, não atendem à demanda dos credores, pois, até que os atos de constrição patrimonial nelas contidos sejam de fato implementados junto à jurisdição rogada, o devedor já teve tempo suficiente para se esquivar de seus efeitos.

Da necessidade de celeridade na efetivação de atos de cooperação jurídica internacional surge um novo mecanismo de cooperação que se convencionou chamar Auxílio Direto.

Ao contrário das cartas rogatórias que exigem juízo de deliberação atribuído ao Superior Tribunal de Justiça, os pedidos de cooperação jurídica internacional feitos através do Auxílio Direto são acometidos diretamente ao juízo de primeira instância<sup>4</sup>, sendo que o trâmite de tais pedidos é efetuado pela Autoridade Central, conceituação presente nos Tratados que preveem tal mecanismo expedito de cooperação jurídica internacional.

No Brasil exerce a função de Autoridade Central em cooperação jurídica internacional a Secretaria Nacional de Justiça, por meio

<sup>4</sup> Art.7º da Resolução nº 9, de 4/5/2005, do Superior Tribunal de Justiça.

do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado pelo Decreto nº 4.991, de 18 de fevereiro de 2004.

As solicitações de Auxílio Direto baseiam-se em tratado ou acordos bilaterais (*Mutual Legal Assistance Treaties ou MLATs*) ou mesmo na promessa de reciprocidade, na ausência de tratado entre Estado demandante e demandado, e constituem uma inovação promissora, verdadeiro alento aos credores, pois, a despeito de serem mais frequentes os que versam sobre matéria penal e de família, não obstante a que as nações possam cooperar em matéria tributária ou empresarial, prevendo, inclusive, mecanismos cautelares, tais como o sequestro de bens e o congelamento de ativos financeiros (BRASIL, 2008, p. 26-27).

#### **4.2 A desconsideração da personalidade jurídica – a coragem na busca de efetividade na prestação jurisdicional**

As técnicas modernas de cooperação jurídica internacional são alvíssareiras, mas ainda estão longe de significar um cenário prático e confiável de luta pela recuperação de créditos diante da Blindagem Patrimonial *Off-Shore* pelos devedores.

De toda forma, mesmo num cenário ideal de pleno e célere funcionamento de tais mecanismos internacionais de cooperação, a eficácia esperada de sua aplicação pode ser comprometida pela criatividade, digamos assim, dos agentes econômicos envolvidos em operações internacionais de blindagem.

Uma das formas usuais de Blindagem Patrimonial *Off-Shore* consiste na constituição de sociedades cujo capital, integralizado com o patrimônio que se pretende blindar, é representado por títulos ao portador, assim, a empresa existe e pratica os atos empresariais através de um Diretor ou Procurador, porém seus sócios não são passíveis de identificação, pois são aqueles que detêm a posse dos referidos títulos.

Ora, mesmo que o credor dos supostos sócios obtivesse êxito numa resposta efetiva e célere no manejo de mecanismos internacionais de cooperação judicial, teria que conviver com a frustração e a perplexidade ao se deparar com uma empresa sob a propriedade de verdadeiros fantasmas, sem nome ou domicílio identificáveis.

O Direito foi capaz de reconhecer efeitos jurídicos à prática de atos por parte de uma ficção – a pessoa jurídica –, dada sua inexistência na dimensão sensível e material de nosso plano fático.

Porém, repugna ao Direito a proteção do abuso, da fraude, da má-fé, especialmente quando, sob seu pretenso regular exercí-

cio, se está abusando das formas na prática dos atos com o nítido interesse de prejudicar a outrem.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica tal como prevista na cláusula geral a que se refere o artigo 50 do Código Civil de 2002 constitui ferramenta de extraordinária utilidade para o afastamento ocasional da autonomia da pessoa jurídica para que sejam excludidos os bens dos sócios ou administradores para fins de viabilizar a satisfação dos créditos contraídos pela pessoa jurídica.

Referido artigo contempla a denominada Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade, eis que sua aplicação exige prova da insolvência da pessoa jurídica, bem como a demonstração de desvio de finalidade (Teoria Subjetiva da Desconsideração) ou de confusa patrimonial, também denominada Desconsideração Direta.

A criatividade dos que pretendem fraudar é bem maior do que o texto da lei supõe, assim, a interpretação judicial do instituto contemplou a chamada Desconsideração Inversa, situação na qual, demonstrados os requisitos do instituto, afasta-se a autonomia da pessoa jurídica para atingir não o patrimônio dos sócios, mas sim o da própria sociedade para a satisfação das obrigações contraídas por aqueles.

Com menor aplicabilidade, dado o caráter drástico da medida e o risco de instabilidade no mundo dos negócios com impacto no volume de investimentos capitalistas, há a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade, que prescinde do requisito da confusão patrimonial e prova de insolvência, bastando a ocorrência do prejuízo ainda que culposo, hipótese presente na legislação ambiental.

Assim, trata-se de mecanismo legal capaz de devolver a crença na efetividade da justiça, mediante a retomada do uso correto e adequado das formas jurídicas utilizadas indevidamente e abusivamente para a prática de fraudes em detrimento dos credores e da economia e da credibilidade do sistema capitalista.

O temor de que o uso indiscriminado do instituto possa comprometer a segurança jurídica necessária à normalidade da vida empresarial e enfraquecer o empreendedorismo que caracteriza uma economia de mercado não se sustenta, pelo fato de que o Judiciário o tem utilizado com critério, desde que provados seus requisitos, que, no caso da Teoria Maior, são de ordem subjetiva e objetiva, aplicando-o sempre a determinados atos ou seus efeitos.

No REsp 948.117, a eminentíssima relatora Nancy Andrighi pontuou com precisão o caráter finalístico do instituto, conforme adiante:

Assim procedendo, verifica-se que a finalidade maior da disregard doctrine, contida no referido preceito legal, é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. A utilização indevida da personalidade jurídica da empresa pode, outrossim, compreender tanto a hipótese de o sócio esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica para fraudar terceiros, quanto no caso de ele esvaziar o seu patrimônio pessoal, enquanto pessoa natural, e o integralizar na pessoa jurídica, ou seja, transferir seus bens ao ente societário, de modo a ocultá-los de terceiro.

Por se tratar de cláusula geral, não há razão para limitar seu uso em favor dos credores de obrigações civis, contratuais ou extracontratuais, pode perfeitamente se valer do instituto o credor trabalhista ou mesmo o fisco, por exemplo, sendo desnecessária a reprodução do instituto em todo e qualquer subsistema jurídico que trate do correto cumprimento de obrigações e dos meios para a garantia eficaz de tal cumprimento.

### **4.3 Um caso de aplicação judicial drástica da Teoria da Desconsideração diante de devedor com sede em paraíso fiscal**

A falência é o evento mais dramático na vida de uma empresa. Imagine-se o grau de dramaticidade na vida de uma empresa por sofrer os efeitos da decretação de falência de outra empresa em razão de ter entendido o Judiciário que ambas, mesmo que não possuam entre si vínculos societários formais, teriam praticado atos negociais simulados com o único propósito de ocultação do patrimônio da empresa falida em desfalque dos credores desta.

Pois é este o contexto de decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.259.018-SP, datada de 9/8/2011, DJe de 25/8/2011, cujo acórdão restou assim ementado:

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.

2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.

3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.

4. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos.

5. Recurso especial não provido.

As empresas perpetraram variados e complexos negócios jurídicos com o propósito de desfalcar o patrimônio da empresa falida, quando ainda se encontrava em estado empresarial comatoso, e ocultá-lo perante seus credores, valendo-se do uso ilegítimo e irregular das formas jurídicas negociais, tudo sob uma aparência de exercício legítimo da liberdade contratual.

O Tribunal *a quo*, em decisão mantida pelo STJ, manejando o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, estendeu os efeitos da decretação da quebra de uma empresa a todas as outras que, em conluio com esta, teriam simulado, em verdadeiras pantomimas, atos negociais cujo conteúdo verdadeiro era deletério aos credores da empresa moribunda, assim agindo o Tribunal para levantar o véu de normalidade de todas e restaurar o *status quo ante* patrimonial da falida para a satisfação de seus credores.

A decisão é drástica em razão da magnitude e da complexidade dos atos perpetrados e da consequência nefasta destes, tendo o Tribunal chegado ao extremo de reconhecer a ocorrência de sociedades coligadas de fato, mesmo que sem a prova do requisito da participação acionária cruzada, previsto na Lei das S/A.

Observa-se que a gravidade da reação judicial funda-se no fato de que o patrimônio sob ocultação teve sua titularidade final acometida a empresas *off-shores* sediadas na Ilhas Virgens Britânicas, renomado paraíso fiscal, conforme trecho do voto condutor que abaixo se reproduz:

Isso é especialmente significativo quando nos debruçamos sobre a operação societária aqui descrita, consistente em arrendamento de bens, posterior inadimplemento da arrendante, retomada judicial da garantia, constituição de empresas para a administração desses bens e seu posterior redirecionamento a sucessivas sociedades que, na forma, são aparentemente independentes, mas cujo capital social é, na maioria das vezes, detido por sociedades off shore cuja efetiva propriedade não é dado aos credores da massa falida conhecêr. (fl.12/14)

Diante de verdadeiro enredo jurídico para fins exclusivos de blindagem patrimonial, a relatora fundamenta o uso e a necessidade de aplicação do mecanismo da Desconsideração da Personalidade em desfavor das empresas envolvidas conforme adiante, *verbis*:

É possível coibir esse modo de atuação mediante o emprego da técnica da desconsideração da personalidade jurídica, ainda que, para isso, seja necessário dar-lhe nova roupagem. Para as modernas lesões, promovidas com base em novos instrumentos societários, são necessárias soluções também modernas e inovadoras. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica desenvolvida pela doutrina diante de uma demanda social, nascida da praxis, e justamente com base nisso foi acolhida pela jurisprudência e pela legislação nacional. Como só ocorrer nas situações em que a jurisprudência vem dar resposta a um anseio social, encontrando novos mecanismos para a atuação do direito, referida técnica tem de se encontrar em constante evolução para acompanhar todas as mutações do tecido social e coibir, de maneira eficaz, todas as novas formas de fraude mediante abuso da personalidade jurídica.

A decisão não é uma ameaça à livre iniciativa e estabilidade jurídica dos negócios privados, pilares de uma economia capitalista de mercado, mas sim uma correta, atual e corajosa resposta do Poder Judiciário ao uso abusivo da forma em prejuízo da credibilidade da mesma economia de mercado cuja solidez e respeitabilidade dependem do correto e adequado cumprimento das obrigações e deveres por parte de seus agentes.

## Conclusão

A guerra fiscal entre nações, mecanismo de atração de patrimônios sob a promessa de baixa ou nenhuma tributação, para fins de fomento das economias de países ou dependência destes trouxe como consequência nefasta a proliferação de ambientes de pro-

teção e blindagem de patrimônios, muitos produtos de crime, em prejuízo tanto no combate aos crimes transnacionais quanto dos credores dos titulares de tais patrimônios.

Democracias estruturadas sob o império do Estado Democrático de Direito dependem do vigor, solidez, agilidade e criatividade do Poder Judiciário mediante a prestação jurisdicional reparatória mesmo diante de empecilhos aparentemente intransponíveis, como a soberania das nações.

A despeito de o Brasil se inserir na busca de mecanismos modernos de cooperação jurídica internacional a fim de fazer prevalecer os interesses dependentes da colaboração de nações soberanas, o Superior Tribunal de Justiça, ao confirmar a correção no uso da Desconsideração da Personalidade Jurídica diante da Blindagem Patrimonial Off-Shore quando lesiva aos credores, lança senda promissora, corajosa e juridicamente equilibrada para reprimir prática tão odiosa quanto prejudicial à credibilidade do ordenamento jurídico e à dignidade do próprio Poder Judiciário.

## Referências

ARIÉS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada, I.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos.** Brasília, 2008. 536 p.

# O Estado e sua responsabilização civil

**Lisandra de Andrade Pereira**  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais  
no Rio Grande do Sul

## RESUMO

O presente trabalho aponta a importância do estudo da responsabilidade civil, no tocante à responsabilidade civil do Estado. Nesse estudo é apresentado o conceito da responsabilidade civil do Estado, suas origens, fundamentos e peculiaridades, examinando suas características e traços distintivos nas hipóteses de ação e omissão, ressaltando quais são os impactos desta responsabilidade e a que efeitos se destinam. É utilizado o método investigativo na realização de um paralelo entre a doutrina, princípios constitucionais e jurisprudência. Conclui-se que o Estado tem a obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.

**Palavras-chave:** Estado. Administração Pública. Responsabilidade. Responsabilização civil do Estado.

## ABSTRACT

The present essay is aimed towards evidencing the importance of studying Civil Liability, mainly concerning the Civil Liability of the State. In this sense, this essay will present the concept of State's Civil Liability, its origins, basis and peculiarities, analyzing its characteristics and distinctive traits regarding action and omission and emphasizing the impacts of this liability and its effects. An investigative method and approach will be used to draw a parallel between the doctrines, constitutional principles and court precedents. In conclusion, the State is liable for compensating any damages caused by it to third parties.

**Keywords:** State. Government. Liability. State Civil Liability.

## Introdução

Neste estudo, tratar-se-á da obrigação do Estado de reparar os danos causados, seja por ação ou omissão dos seus agentes.

O trabalho será desenvolvido, primeiramente, por meio de uma pesquisa doutrinária, que consistirá na investigação do conceito de responsabilidade civil, sua evolução histórica, seus elementos constitutivos e suas espécies.

Serão trazidos os aspectos da teoria geral da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico. Os pressupostos da responsabilidade civil, tais como a conduta do agente, o nexo causal e o dano – elementos estes essenciais na caracterização do dever de indenizar –, a distinção entre as modalidades de responsabilidade civil, objetiva e subjetiva, bem como suas teorias.

Após, será desenvolvido um paralelo com a doutrina e princípios constitucionais que norteiam a responsabilidade civil do Estado, baseando-se em fundamentos jurídico-constitucionais.

No tocante à responsabilidade civil do Estado, a riqueza de hipóteses demonstra a relevância do tema e a necessidade de se desenvolver um estudo minucioso do conceito de responsabilidade civil, especialmente no que diz respeito ao Estado, apontando as suas origens e fundamentos, bem como, se estão sendo garantidos os direitos e deveres previstos na Constituição Federal.

O trabalho buscará apresentar o conceito de responsabilidade civil do Estado, apontando as suas origens, fundamentos e peculiaridades, examinando, sob a perspectiva dos princípios constitucionais, suas características e traços distintivos nas hipóteses de ação e omissão, ressaltando quais são os impactos desta responsabilidade e a que efeitos se destinam.

Será analisada, neste estudo, a obrigação do Estado de reparar o dano causado, seja por ação ou omissão dos seus agentes, não exigindo que estes estejam em serviço quando da prática do ato danoso, bastando apenas que esteja relacionado à função.

Há, ainda, casos em que o Estado se vale de serviços terceirizados; porém, da mesma forma, se estes causarem danos, o Estado não pode eximir-se de reparar.

Os problemas abordados e explorados neste estudo serão quanto à responsabilidade civil do Estado, quando e por quais razões o Estado passa a ter a obrigação de reparar e como o Estado responde nos casos em que a obrigação de reparar nasce de sua omissão.

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise das atribuições do Estado no que diz respeito à responsabilidade civil, compreendendo, assim, a importância desse instituto.

## 1 A responsabilidade civil

Com o presente estudo analisaremos, no que diz respeito à responsabilidade civil, sua evolução histórica, seu conceito e função, bem como seus elementos essenciais – conduta humana, nexo causal e dano – à caracterização do dever de indenizar. Apontando, também, a distinção entre as modalidades de responsabilidade civil, objetiva e subjetiva, bem como suas teorias.

## 1.1 Evolução histórica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil tem sua origem no direito romano, criador do princípio *"non neminen leadere"*, ou seja, não lesar ninguém (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 1).

Teve como fase inicial a vingança privada, uma fase selvagem, em que se fazia justiça com as próprias mãos. A vítima, em um ato instintivo, buscava ressarcir-se daquilo que perdeu vingando-se do seu opressor. Nessa época, a Lei de Talião (Lei das XII Tábuas) demonstrava a reparação em “olho por olho, dente por dente” ou “quem com ferro fere com ferro será ferido”.

Após essa primeira fase, veio a fase da composição voluntária, em que se passou da vingança para algo que aprouvesse melhor, ou seja, iniciou-se a busca de reparação através de bens ou dinheiro. A própria vítima escolhia o bem ou quantia e, assim, fazia o resgate de sua culpa. Nesta fase existia o perdão, assim, em vez de também ofender quem lhe agrediu, a vítima podia pedir dinheiro ou outro bem de seu interesse (GONÇALVES, 2009, p. 4).

Na terceira fase, chamada de composição tarifária, o Estado passa a intervir, pois havia danos que repercutiam não somente no âmbito privado, mas na sociedade e, por este motivo, passou-se a tarifar os danos. A partir de então, a vítima passou a pedir ao Estado e não fazer mais justiça com as próprias mãos. Nessa fase, iniciou-se o que hoje se entende por indenização (GONÇALVES, 2009, p. 4).

No entanto, os romanos, após essa terceira fase, realizaram um plebiscito e assim deram origem a *Lex Aquilia*, introduzindo o elemento culpa e trazendo também a ideia de uma reparação proporcional ao dano causado. Antes bastava o dano, com a *Lex Aquilia* passa-se a exigir o elemento culpa *"in lege Aquilia et levissima culpa venit"*, ou seja, bastava a culpa, ainda que levíssima, para haver o dever de indenizar (GONÇALVES, 2009, p. 5).

O Código de Napoleão (1804), que criou a teoria subjetiva, aprimorou a *Lex Aquilia*, e em seu artigo 1382, em que trata da responsabilidade civil, acolheu a culpa (GONÇALVES, 2009, p. 6). Mais tarde, a responsabilidade subjetiva aparece no artigo 159 do Código Civil de 1916, permanecendo hoje no Código Civil de 2002, em seu artigo 186.

## 1.2 Conceito e função da responsabilidade civil

A responsabilidade civil nasce da violação a um dever jurídico preexistente. Traz a ideia de uma obrigação, mas uma obrigação secundária, pois surge após a violação a um direito (obrigação originária), trazendo assim um dano.

Havendo o dano, causa-se também o rompimento do equilíbrio econômico-jurídico. No entanto, esse rompimento não precisa ser apenas do equilíbrio econômico-jurídico, podendo ser também psicológico, quando haverá o dano moral. No dano moral, não se busca uma reparação, vez que o dano é irreparável, mas sim uma compensação.

A função da responsabilidade civil é tornar “indene” a vítima, ou seja, sem o dano. A reposição desse desequilíbrio pode ser feita de forma natural ou pecuniária.

O objetivo da responsabilidade civil é a *“restitutio in integrum”*, ou seja, a restituição integral. A regra é indenizar os danos, nada mais, nada menos, levando a vítima ao *“status quo ante”* (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13).

Conclui-se, então, que a responsabilidade civil tem, em alguns casos, outra função que não a de reparação, mas sim a de compensação e punição ao ofensor.

### 1.3 Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil divide-se em duas espécies: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

Os elementos da responsabilidade civil, comuns à responsabilidade objetiva e subjetiva, são a conduta humana (ação ou omissão), o nexo de causalidade e dano ou prejuízo. Além desses elementos, a culpa (elemento acidental da responsabilidade) deve estar presente na responsabilidade subjetiva.

#### 1.3.1 Conduta humana

A conduta humana (culposa e voluntária) está prevista no artigo 186 do Código Civil, caracterizada pela expressão “ação ou omissão”. A ação é a exteriorização da conduta, um comportamento positivo. Já a omissão podemos definir como um comportamento negativo, ou seja, é quando o agente tinha o dever de agir e impedir o resultado, mas não o fez.

A ação ou omissão “é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24). A omissão é um comportamento negativo, ou seja, não agir quando deveria. Então, a rigor, não causaria dano físico e material, pois nada foi feito. Porém, o entendimento é que o não agir, quando deveria, torna a pessoa responsável, pois acaba por permitir que a causa se opere e essa omissão adquire relevância jurídica.

A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente e, ainda, de danos

causados por coisas e animais que lhe pertençam (nesse caso, em regra é objetiva, independe de culpa).

### 1.3.2 Culpas

O elemento culpa (*lato sensu*) é considerado um elemento não essencial, um elemento acidental e está presente somente na responsabilidade subjetiva. Ora deverá ser comprovado para que a vítima tenha êxito na sua ação, ora será dispensado por completo. A exigência ou a dispensa desse elemento dependerá da espécie de teoria que irá fundamentar a ação indenizatória, isto é, se subjetiva, a prova desse elemento se torna necessária; se objetiva, é dispensada por completo.

Esse elemento subjetivo, culpa, *lato sensu*, divide-se em culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia) e dolo. Por dolo entende-se uma conduta intencional, ou seja, uma vontade consciente dirigida à prática de um resultado ilícito causando assim dano a outrem (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 31).

Essa culpa caracteriza-se em um comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, assim produzindo consequências jurídicas. Nesse caso, a conduta culposa do agente é o pressuposto principal da obrigação de indenizar.

Uma das maiores fontes geradoras do dever de indenizar é o ato ilícito, ou seja, um ato praticado em contrariedade ao direito.

O ato ilícito também está previsto no artigo 186 do Código Civil e exige, para a sua caracterização, além da contrariedade ao direito, a prova da culpa do agente (*lato sensu*), ou seja, deve-se provar se o agente agiu ou se omitiu dolosamente (conduta intencional) ou pela culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), o dano e o nexo causal. Se esses três elementos se caracterizarem, haverá o dever de indenizar.

Portanto, percebe-se que a culpa é o cerne da teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, triunfa a culpa, enquanto a responsabilidade objetiva independe de culpa.

Culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil. É a “violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 32). Pode-se dizer que houve culpa *stricto sensu* quando o prejuízo da vítima é decorrente de comportamento negligente, imprudente ou imperito do autor do dano. A culpa implica a violação de um dever de diligência, ou em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.

Para a caracterização da culpa, o critério para aferição da diligência exigível do agente é o da comparação de seu comporta-

mento com o do *homo medius* (homem médio), que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo. A culpa *stricto sensu* é também chamada de culpa aquiliana.

Portanto, constata-se que a responsabilidade civil consiste em reparar um conflito preexistente, originado em uma conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, e que não se configura na inexistência de um dano.

### 1.3.3 Nexo causal

O nexo causal é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Sem ele, não existe a obrigação de indenizar. Sabe-se que, para que haja a responsabilização do agente, não basta somente a prática de uma conduta ilícita por parte deste e que a vítima tenha sofrido um dano. Faz-se necessário que esse ato ilícito realmente seja a causa deste dano, ou seja, que o prejuízo seja resultado desse ato ilícito.

Sem a prova efetiva de que tal ato tenha sido relevante para o resultado danoso, não haverá obrigação de indenizar. O nexo de causalidade é elemento necessário para configurar o dever de indenizar.

Conclui-se, então, que, além da ilicitude, a conduta positiva ou negativa, a culpabilidade ou dolo e o dano causado a outrem, é essencial a verificação da relação de causa e efeito, ou seja, o nexo causal entre a conduta indevida e o dano causado.

Tanto na responsabilidade civil subjetiva como na responsabilidade civil objetiva, o nexo causal é indispensável, pois, como já mencionado, é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, e é imprescindível sua comprovação.

### 1.3.4 Dano

Dano é lesar, invadir, violar direito alheio, portanto, é causar prejuízo. A partir desse prejuízo, surge o dever de reparar/indenizar, como bem estipulado no *caput* do artigo 927, do Código Civil de 2002.

Não existe responsabilidade civil sem o dano (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73), e esse dano tem que ser atual, certo, direto, dever ter subsistência e, claro, violação a um interesse jurídico, material ou moral, sem o qual não há que se falar em indenização. Portanto, o dano já deve ter ocorrido no momento do ajuizamento da ação, por isso classificado como "atual" – o que não significa impossibilidade de indenização por danos futuros, desde que seja possível de apurar que eles certamente ocorrerão, ainda que num

futuro próximo (GONÇALVES, 2009, p. 589) –; dano certo, que é aquele que foi efetivamente produzido, realmente ocorreu, pois não se indenizam danos hipotéticos (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 75); direto, que é aquele sofrido pela própria vítima.

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente, ainda que a conduta tenha sido culposa, exceto nos casos de dano moral puro que existe *in re ipsa*. A reparação tem o objetivo de trazer a vítima ao estado em que se encontrava antes da prática ilícita. Então, se não houve dano, não há que se falar em responsabilidade civil e tampouco em reparação por parte do agente à vítima, tendo em vista a falta de comprovação de dano.

O dano também é um elemento essencial tanto na responsabilidade civil subjetiva como na responsabilidade civil objetiva e divide-se em duas espécies: dano material e dano extrapatrimonial.

#### **1.3.4.1 Dano material**

Dano material, também chamado de dano patrimonial, é aquele que atinge bens suscetíveis de valoração econômica, é aquilo que tem conteúdo econômico e pode ser apurado pecuniariamente (GONÇALVES, 2009, p. 705). Importante observar que não se presume dano material, sendo necessário prová-lo e assim demonstrar a relação de causa e efeito entre a conduta do agente causador do dano e o prejuízo patrimonial produzido.

Os danos materiais dividem-se em duas espécies: danos emergentes e lucros cessantes, e estão previstos em nosso ordenamento jurídico – Código Civil de 2002, artigo 402. Dano emergente é tudo que a pessoa perde imediatamente em razão do dano, não se presume e para ser concedido deve ser comprovado. Já o lucro cessante é o que a pessoa deixará de ganhar em razão do dano sofrido (GONÇALVES, 2009, p. 706-707).

#### **1.3.4.2 Dano extrapatrimonial**

Dano extrapatrimonial é um gênero e sua espécie mais conhecida é o dano moral, por esse motivo, por muitas vezes acaba dando nome ao próprio gênero, mas há outras espécies de dano extrapatrimonial, como, por exemplo, o dano estético, havendo inclusive Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup> no sentido da cumulatividade do dano moral com o dano estético. O dano moral é aquele que lesa direito personalíssimo, causa à vítima sensações negativas ou desprazerosas, tais como dor, sofrimento, humilha-

<sup>1</sup> "Súmula 387 - É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."

ção, vergonha, vexame, constrangimento além do tolerável. Não se configurando nenhuma das hipóteses citadas, pode ser considerado um mero aborrecimento, incômodo, dissabor e não configura dano moral (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 87).

Com frequência, se costuma tratar o gênero dano extrapatrimonial por sua espécie mais usual, o dano moral pode ser presumido (o dano moral puro ou *in re ipsa*); no entanto, essa presunção é *iuris tantum* (relativa). Nesse sentido, ensina em sua obra o doutrinador Sergio Cavalieri Filho, quando coloca que, “por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 90).

Somente com a Constituição Federal de 1988 essa espécie de dano passou a ter previsão legal (artigo 5º, incisos V e X). O dano extrapatrimonial está vinculado a valores humanos e podemos dizer que encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

O dano moral é subjetivo (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 81-84). Portanto, não se deve fazer tabelamento de valores. A fixação do dano moral deve seguir o binômio compensatório/satisfatório e punitivo/pedagógico (GONÇALVES, 2009, p. 628). Para atingir o caráter compensatório, se deve analisar a vítima (quem era, seu poder socioeconômico, repercussão no meio social, gravidade da lesão, duração do sofrimento). Os mesmos requisitos para aferição do caráter pedagógico devem ser observados em relação ao agente causador do dano, incluindo-se ainda a gravidade da conduta e a atitude após causar o dano. Assim, tem-se que o juiz deverá fixar o dano moral atendendo o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 100). Isso significa dizer que o juiz não poderá fixá-lo num valor irrisório a ponto de não significar nada para a vítima, nem exorbitante a ponto de enriquecê-la.

Importante salientar a possibilidade de cumulação de dano moral com dano material, desde que oriundos do mesmo fato, conforme Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>2</sup>

Por oportuno, lembra-se, ainda, matéria também sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>: a pessoa jurídica também pode pleitear indenização por danos morais se sua honra objetiva for violada.

<sup>2</sup> “Súmula 37 - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

<sup>3</sup> “Súmula 227 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

## 1.4 A responsabilidade objetiva e subjetiva

Na teoria objetiva, também chamada de teoria do risco, todo aquele que desenvolve uma atividade perigosa e que aufera lucros dela deve assumir os riscos que ela causar a terceiros e é dispensada por completo a prova da culpa do agente, exigindo-se, tão somente, a prova do dano e do nexo causal. Nessa teoria, importa apreciar o liame jurídico entre a ação ou omissão do autor do dano e o prejuízo causado à vítima, pois se o dano causado partiu de conduta dolosa ou culposa não importa e é irrelevante para que a obrigação de indenizar seja efetiva.

Pode-se concluir então que, na teoria objetiva, não se faz necessário que a reparação do dano decorra da culpabilidade, sendo suficiente que o ato lícito ou ilícito gere risco e que o prejuízo surja do fato violador de direito de outrem.

A teoria subjetiva, também chamada de teoria da culpa, analisa o comportamento do agente causador do dano (aspecto anímico), se ele agiu com culpa (*lato sensu*). Por essa teoria, a vítima deverá provar a culpa do causador do dano, o dano e o nexo causal. Essa teoria foi resumida na máxima “sem culpa não há reparação” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 29-30).

Para caracterização da responsabilidade subjetiva, além da prova da culpa do agente, se faz necessário uma ação ou omissão (conduta humana), verificação do nexo de causalidade entre essa conduta e o prejuízo causado à vítima e o dano.

Concluímos, então, que uma conduta ilícita (ação ou omissão) e a culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*) é que definem a responsabilidade civil subjetiva, sendo a culpa o seu principal pressuposto.

Portanto, entende-se que a vítima que quiser obter reparação pelo dano sofrido deverá provar a culpa ou dolo do agente que a lesou, além dos elementos dano e nexo causal.

## 1.5 A responsabilidade contratual e extracontratual

Pode-se dividir a responsabilidade civil em responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo, e responsabilidade extracontratual, conhecida também por ilícito aquiliano, delitual ou absoluto.

Na responsabilidade contratual é preciso que exista uma relação jurídica entre as partes antes da ocorrência do dano – ou seja, o vínculo jurídico entre as partes é preexistente ao dano – consubstanciada em um contrato existente e válido. Decorre da violação desse contrato, encontrando a sua fonte no descumprimento contratual. Nessa modalidade, via de regra, o ônus da prova é do

réu da ação, do devedor, e somente nessa modalidade cabe a aplicabilidade da cláusula de não indenizar (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 15).

Já na responsabilidade extracontratual, a relação jurídica surge depois do dano. Surge da violação do dever genérico "*non neminen leadere*", encontrando a sua fonte no ato ilícito.

Percebe-se, então, que nas duas modalidades de responsabilidade – contratual e extracontratual – deve-se levar em conta a conduta do agente, o dano e o nexo. O que diferencia uma da outra, conforme Cavalieri Filho (2010, p. 288), é "[...] se a transgressão se refere a um dever estabelecido em negócio jurídico, a responsabilidade será contratual; se a transgressão é de um dever jurídico imposto pela lei, a responsabilidade será extracontratual". Pode-se concluir, então, que o grande diferencial entre essas duas modalidades de responsabilidade civil é a natureza do dever jurídico violado.

Outra diferença que pode ser apontada entre a responsabilidade contratual e a extracontratual é quanto ao ônus da prova da culpa. Na primeira, a regra geral é que o ônus da prova cabe ao réu, pois a culpa é presumida. Já na responsabilidade extracontratual, quem deve provar a existência de fato constitutivo do seu direito é o autor, ele deve provar que o réu falhou no dever de diligência.

Com base no exposto, podemos concluir que na culpa contratual temos o não cumprimento de uma obrigação estabelecida em contrato; portanto, é a violação de um dever positivo de adimplir. Enquanto na culpa extracontratual, "viola-se um dever negativo, isto é, a obrigação de não prejudicar, de não causar dano a ninguém" (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 291).

Analizados os elementos da responsabilidade civil, bem como suas teorias e espécies, pode-se passar para a análise do Estado.

## 2 Do Estado

O Direito é um conjunto de normas que disciplinam a sociedade. Podemos dividir o Direito em dois grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado. O Direito Privado regula relações entre particulares, podendo-se dizer que é regido pela autonomia da vontade. Já o Direito Público trata dos interesses da sociedade, dos interesses públicos. Então, nesse caso, não há que se falar em autonomia da vontade, e sim em uma ideia de função, um dever de atendimento do interesse público, e esse atendimento é realizado pelo Estado (MELLO, 2010, p. 27).

## 2.1 Origem, evolução e conceito

Uma das primeiras formas de organização política foi através do chamado Estado religioso, momento este em que toda autoridade era fundada na vontade divina e o papel do Estado era manter a segurança, os costumes e os cultos. A partir do Renascimento surge na Europa o Estado-nação, caracterizado pela centralização do poder no monarca e apresentação de certa autonomia perante a religião, mas ainda não se falava em Direito Público. Somente no final do século XVII os representantes religiosos passam a autoridade aos príncipes e, a partir deste momento, começa uma pequena separação entre público e privado, tendo em vista o nascimento do individualismo (MOREIRA NETO, 2006, p. 17).

Buscando definir a atuação do Estado, não permitindo que este ultrapassasse as suas funções de guardião e garantidor da segurança, surge o Estado de polícia, originário do liberalismo. Após essa fase, surge o segundo modelo de organização política do liberalismo, o Estado de Direito, momento este em que surge nitidamente o Direito Público (MOREIRA NETO, 2006, p. 17-18), ou seja, o nascimento do Direito Administrativo.

Conforme disposto em Meirelles (2010, p. 61), o Estado de Direito é “o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis”. Nesse mesmo sentido ensina Moreira Neto (2006, p. 46):

*O Estado de Direito, o que se subordina à lei, não é só aquele em que a legislação está limitada e condicionada por uma Constituição e em que a jurisdição garante sua aplicação na solução dos conflitos de interesses, mas aquele em que a administração pública está totalmente submetida ao princípio da legalidade (grifos do autor).*

A sociedade, buscando exercer e garantir sua autodeterminação, organiza-se política e juridicamente em um território, instituindo assim o Estado (MOREIRA NETO, 2006, p. 7). O Estado é constituído por três elementos: o elemento humano (povo), o elemento físico (território) e o elemento condutor do Estado (governo soberano) (MEIRELLES, 2010, p. 61).

A partir da segunda metade do século XX houve o aperfeiçoamento do Estado de Direito, passando então para Estado Democrático de Direito, estando nosso país organizado dessa forma, conforme artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
  - II - a cidadania;
  - III - a dignidade da pessoa humana;
  - IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
  - V - o pluralismo político.
- Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Verifica-se então que, com base no dispositivo Constitucional citado, o Estado é submisso ao povo e à lei.

Os poderes do Estado são divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme disposição Constitucional.

Esses poderes são a estrutura do Estado e a cada um deles é atribuída uma função. O poder Legislativo tem função normativa, ou seja, a elaboração de leis, o poder Executivo transforma estas leis em atos individuais e concretos, sendo assim de função administrativa, e o poder Judiciário tem a função de aplicação destas leis aos litigantes, ou seja, é a função judicial do Estado (MEIRELLES, 2010, p. 61). Com essa tripartição de poderes chegamos à organização do Estado.

Percebemos então que o Direito Administrativo é ramo do Direito Público, ocupando-se com uma das funções do Estado, a função administrativa. Por esta função entende-se, conforme o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, a "atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica" (MELLO, 2010, p. 29). Esse dever de alcançar o interesse público é o objetivo maior do Estado em todos os setores do Governo e Administração e esse serviço é realizado por suas entidades (pessoas jurídicas), seus órgãos públicos (centros de decisões) e seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções) (MEIRELLES, 2010, p. 64-66).

Portanto, podemos concluir que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito (MELLO, 2010, p. 47) e tem como função primordial regular as relações entre o Estado e os cidadãos. O Direito Administrativo surge para dar limites à conduta do Estado e, assim, consequentemente, proteger a sociedade, atuando por meio dos órgãos públicos que integram a estrutura do Estado e desempenham funções estatais através de seus agentes.

## 2.2 Atos administrativos

O ato administrativo é a manifestação de vontade da Administração Pública e destina-se a produzir efeitos jurídicos, sendo então classificado como uma espécie de ato jurídico (MOREIRA NETO,

2006, p. 135). Ato jurídico, conforme doutrina de Meirelles (2010, p. 153), é “todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

O ato administrativo possui os mesmos elementos do ato jurídico, o que os diferencia é que no primeiro o sujeito é sempre um agente com prerrogativas públicas e o objeto está determinado ao interesse público (CARVALHO FILHO, 2010, p. 107).

O ato administrativo constitui, conforme Medauar (2006, p. 135), “um dos principais meios pelos quais atuam e se expressam as autoridades e órgãos administrativos”. O ato administrativo, então, é a maneira pela qual a Administração Pública realiza sua função executiva.

Analisando o ato administrativo, percebemos a existência de cinco elementos necessários à sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto (MEIRELLES, 2010, p. 155).

No ato administrativo, a competência é a primeira condição para sua validade e caracteriza o sujeito ativo do ato administrativo.

Em se tratando de ato jurídico, é exigida apenas a capacidade do agente, mas para a prática do ato administrativo o que realmente importa é se a manifestação de vontade da Administração Pública partiu do ente, órgão ou agente incumbido por lei na função de exprimi-la e de vinculá-la juridicamente (MOREIRA NETO, 2006, p. 138).

Portanto, a competência decorre de norma expressa, ou seja, da lei e nesta encontram-se suas dimensões e limitações quanto às atribuições dos agentes, órgãos e entes públicos no que diz respeito às suas funções.

Quanto à finalidade, segundo elemento do ato administrativo, está diretamente ligada ao interesse público. Ou seja, o ato administrativo tem que atingir o interesse público.

Como vimos, o ato administrativo é a manifestação de vontade da Administração Pública exteriorizada por agente ou órgão incumbido desta função através de lei, cuja finalidade é atingir o interesse público.

Outro elemento caracterizador do ato administrativo é a forma. A forma é elemento que leva o ato administrativo a ser válido. Mello (2010, p. 394) assim dispõe sobre esse elemento: “Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”.

Portanto, forma é o modo de se exteriorizar materialmente o ato administrativo, bem como a maneira pela qual a manifestação de vontade da Administração Pública se expressa.

O quarto elemento do ato administrativo vem como fundamento da manifestação de vontade praticada pelo ente, órgão e

agente público. Esse elemento, o motivo, "é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo" (MEIRELLES, 2010, p. 157).

O motivo, mais um elemento necessário à formação do ato administrativo, pode ser vinculado ou discricionário. O primeiro se dá quando o motivo é expresso em lei; o segundo fica a critério do administrador.

O motivo, no âmbito do direito administrativo, significa uma situação de fato e de direito que provoca a realização do ato administrativo. Temos como situação de fato um conjunto de acontecimentos que levam a Administração a praticar o ato, e situação de direito quando é na lei que o ato se baseia (DI PIETRO, 2010, p. 210).

O quinto e último elemento do ato administrativo é o objeto. Por objeto entende-se o resultado prático que a Administração pretende alcançar, "exprime sua eficácia jurídica: o resultado visado pelo ato, que será sempre a constituição, declaração, confirmação, alteração ou desconstituição de uma relação jurídica" (MOREIRA NETO, 2006, p. 140, grifos do autor).

O objeto do ato administrativo deve ser lícito, possível, certo e moral (DI PIETRO, 2010, p. 206). Portanto ele deve ser conforme previsto em lei, praticável no mundo dos fatos e do direito, definido quanto aos seus efeitos, tempo e lugar e de acordo com padrões de comportamento aceitos como corretos e justos.

Apontado os elementos necessários à formação do ato administrativo, passa-se às suas características de atuação no mundo do direito: a presunção de legitimidade, imperatividade e a autoexecutoriedade (MEIRELLES, 2010, p. 162).

Por presunção de legitimidade entende-se que, até prova em contrário, os atos administrativos têm essa qualidade, portanto, são presumidos verdadeiros e de acordo com o Direito (MELLO, 2010, p. 418). Esta presunção de legitimidade está relacionada à conformidade do ato com a lei (DI PIETRO, 2010, p. 197). Outra característica da presunção de legitimidade é "a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca" (MEIRELLES, 2010, p. 162). Portanto, até que seja dada a anulação do ato administrativo, este terá plena eficácia.

Já o conceito de imperatividade é bem colocado em Meirelles (2010, p. 164-165):

A *imperatividade* é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. [...] A *imperatividade* decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo

ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a *presunção de legitimidade* (grifos do autor).

Quanto à autoexecutoriedade, pode-se dizer que é o “atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2010, p. 200). Por essa característica pode-se dizer que assim que praticado o ato administrativo pode ter seu objeto alcançado com sua imediata execução (CARVALHO FILHO, 2010, p. 134).

Com o exposto, conclui-se que a existência do ato administrativo no mundo do Direito está ligada à integração dos cinco elementos fundamentais à sua formação e, ainda, que possui características próprias e condições diferenciadas de atuação, tendo em vista surgirem do Poder Público, e a necessidade de distinção dos atos jurídicos privados.

## 2.3 Agentes públicos

Agentes públicos são todos aqueles vinculados à Administração Pública, direta e indireta, que prestam serviços ao Estado (DI PIETRO, 2010, p. 510-511).

Quanto ao conceito desta expressão, pode-se dizer que “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal” (MEIRELLES, 2010, p. 75).

Os agentes públicos, conforme Meirelles (2010, p. 76), dividem-se em cinco espécies diferenciadas: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Os agentes políticos são aqueles que têm com o Estado um vínculo político, e não de natureza profissional, e esta relação advém das leis e da Constituição Federal. Eles têm a função de conduzir o destino da sociedade e do país. Pode-se dizer então que os agentes políticos são o Presidente da República, os governadores, prefeitos e vices, ministros e secretários de Estado, senadores, deputados federais e estaduais e os vereadores (MELLO, 2010, p. 247-248).

Quanto aos agentes administrativos, também denominados de servidores públicos, estes sim têm vínculo de natureza profissional com o Estado. Não exercem atribuições políticas, estão sujeitos à hierarquia funcional – podendo inclusive ter uma parcela de autoridade pública, mas jamais poder político – e são remunerados por

prestarem serviço à Administração Pública, são sujeitos ao regime da entidade que servirem e às normas do órgão em que estiverem trabalhando (MEIRELLES, 2010, p. 80).

Os agentes honoríficos são aqueles que exercem função pública momentaneamente e, pelo período que exercerem, estão sujeitos à hierarquia e disciplina do órgão que estiverem desempenhando tal função, mas não são servidores públicos. É um serviço voluntário e pode ser pago um *pro labore*. O exercício dessa função pública não gera vínculo empregatício, porém pode contar como tempo de serviço público (MEIRELLES, 2010, p. 81).

Dos agentes delegados pode-se dizer que não são enquadrados no conceito de agentes públicos, são apenas pessoas que recebem a incumbência de executar determinada tarefa, obra ou serviço público, atuam por conta própria e assumindo os riscos da atividade, porém seguem as normas do Estado e ficam sob a fiscalização do delegante. São pessoas físicas ou jurídicas que formam uma categoria à parte de colaboradores do Estado, não sendo enquadradas como agentes honoríficos nem servidores públicos. Como exemplo pode-se citar os tradutores e intérpretes públicos que são delegados a uma atividade estatal de interesse público (MEIRELLES, 2010, p. 81-82).

Definidas as espécies de agentes públicos, passa-se a análise e conceito dos cargos, ou empregos, ou função na Administração Pública.

O cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, é criado por lei e tem definido o seu padrão de remuneração e suas atribuições (DI PIETRO, 2010, p. 510-518). Todo cargo quando criado já tem definidas as funções que a ele são atribuídas e estas funções correspondem às tarefas a serem realizadas pelo servidor titular do cargo.

Função pública “significa o exercício de atividade da competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades desta, ou seja, para atender ao interesse público” (MEDAUAR, 2006, p. 261). Todo cargo tem função, “porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 662), porém há função sem cargo – como exemplo, os empregados públicos.

Quanto ao empregado público, pode-se dizer que são pessoas que não possuem cargo público, mas sim uma função (atividade), tem uma relação funcional trabalhista com a Administração Pública. Emprego público “são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los” (MELLO, 2010, p. 256).

Conclui-se, então, que agentes públicos são as pessoas que têm vínculo com a Administração Pública, prestando serviços ao Estado com a finalidade de atender ao interesse público, exercendo a função atribuída ao cargo que efetivamente ocupam.

## 2.4 Contratos administrativos: concessão e permissão

Entende-se por contrato um acordo de vontades, firmado de forma livre pelas partes, com objetivo de criar obrigações e direitos recíprocos. Via de regra, o contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, portanto, as pessoas que realizam um contrato se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens (MEIRELLES, 2010, p. 214).

Todo contrato é regido por dois princípios básicos: o “da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*). O primeiro impede a alteração do que as partes convencionaram; o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente” (MEIRELLES, 2010, p. 214).

A Administração Pública utiliza-se da instituição contrato, todavia suas regras são baseadas em normas e princípios próprios do Direito Público, portanto é nominado de contrato público. Contrato público é o gênero, sendo sua espécie os contratos administrativos que são classificados como o “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 191).

Quanto ao contrato administrativo pode-se dizer que é sempre consensual, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*.

É possível apontar várias espécies de contratos administrativos, neste trabalho é analisado somente quanto aos contratos de concessão e de permissão que estão expressos na Constituição Federal, no artigo 175.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Tanto a concessão como a permissão de serviço público “impliram prestação de serviços públicos por particulares” (MEDAUAR, 2006, p. 326). As diferenças substanciais dessas espécies de contratos administrativos são apontadas por Medauar (2006, p. 326-327):

*a diferença entre concessão e permissão de serviço público situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destinar-se-ia a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração (grifos do autor).*

Ainda diferenciando concessão e permissão de serviço público, pode-se dizer que “a diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão” (DI PIETRO, 2010, p. 301).

Portanto a concessão de serviço público é quando o Estado transfere ao particular algumas faculdades, é um processo de descentralização, sempre formalizado por instrumento contratual e o concessionário tem a seu cargo o exercício de atividade pública (CARVALHO FILHO, 2010, p. 204).

Quanto à permissão de serviço público, pode-se dizer que é ato precário, por motivo de interesse público pode ser alterado ou revogado a qualquer momento, o permissionário fica sujeito às condições estabelecidas pela Administração, bem como a sua fiscalização, tem como objeto a execução de serviço público e depende de licitação, conforme a Constituição Federal. Portanto, as diferenças entre o instituto da concessão e da permissão quase não se percebem (DI PIETRO, 2010, p. 302).

Tanto a concessão quanto a permissão têm suas normas gerais estabelecidas na Lei nº 8.987/1995.

### **3 A responsabilidade civil do Estado**

Nesta seção analisaremos, no que diz respeito à responsabilidade civil, as atribuições do Estado nas hipóteses de ação e omissão, bem como sua origem, fontes e caracterização do dever de indenizar; apontando, também, a distinção entre as modalidades de responsabilidade do Estado, objetiva e subjetiva, e suas teorias.

### **3.1 Origem e fontes da responsabilidade do Estado**

A responsabilidade civil do Estado, também chamada de responsabilidade da Administração Pública, nos dias atuais encontra-se positivada nos casos de responsabilidade objetiva; porém, para que chegasse a esse estágio foi necessário um longo tempo, uma evolução lenta e com origem no Direito Francês, com a construção do Conselho de Estado (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 239).

No princípio, época dos Estados absolutos em que predominava a ideia de soberania, o que vigorava era a irresponsabilidade do Estado, ou seja, o Estado não tinha responsabilidade pelos atos de seus agentes. Tinha-se nessa época a noção de que “o rei não erra”, seria uma ofensa ao rei e a sua honra atribuir ao Estado qualquer tipo de responsabilidade (DI PIETRO, 2010, p. 644). Nessa fase, sendo o Estado imune a qualquer responsabilidade pelos danos causados aos indivíduos, e sendo ele o guardião do Direito e responsável por atender aos interesses públicos, chega-se à conclusão de que esta teoria da irresponsabilidade “era a própria negação ao direito” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 239).

A partir da segunda metade do século XIX, esta teoria da irresponsabilidade foi superada e passou-se a responsabilizar o Estado com base na culpa do agente, passando então para uma segunda fase, a da concepção civilista da culpa (DI PIETRO, 2010, p. 644).

No primeiro momento, a responsabilidade era dividida em atos do império e atos de gestão. Atos do império decorriam do poder soberano e estariam isentos de responsabilidade, enquanto os atos de gestão se assemelhavam com os atos do direito privado, ou seja, sua atuação era “equivalente à dos particulares em relação aos seus empregados ou prepostos; como para os particulares vigorava a regra da responsabilidade, nesse plano o Estado também seria responsabilizado, desde que houvesse culpa do agente” (MEDAUR, 2006, p. 366).

Esta separação da responsabilidade em atos do império e atos de gestão foi uma forma de suavizar os prejuízos causados pela teoria da irresponsabilidade, houve uma separação do que eram atos do rei (atos do império) dos atos do Estado (atos de gestão) (DI PIETRO, 2010, p. 645).

Esta pequena forma de responsabilização foi um passo muito importante na evolução da responsabilidade civil do Estado, pois havia a “possibilidade de responsabilizar o Estado, mesmo em pequena escala, o que seria antes inadmissível” (MEDAUR, 2006, p. 366).

Em seguida percebeu-se que o Estado, por ser pessoa jurídica, não teria como manifestar vontade nem ação e que essa facul-

dade caberia somente às pessoas físicas; porém, o Estado age através dos agentes atuantes em seus órgãos e estes sim exteriorizam a vontade do Estado. Essa é a teoria do órgão, em que o “Estado é concebido como um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que realizam as suas funções” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 240), não se divide mais em Estado e agente, passa-se a falar em unidade.

O marco do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado foi a jurisprudência francesa do famoso caso Blanco. Esse caso trata-se de uma menina (Agnès Blanco) que ao atravessar uma rua foi atropelada por um vagonete que pertencia ao Estado. Seu pai promoveu ação de indenização baseando-se no princípio de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros em razão de ação danosa praticada pelos agentes. Nessa questão o Tribunal de Conflitos decidiu que o problema deveria ser solucionado pelo tribunal administrativo por tratar-se de responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Assim, foi entendido que a responsabilidade do Estado estava sujeita a regras especiais – baseadas na necessidade do serviço –, e não aos princípios do Código Civil (DI PIETRO, 2010, p. 645).

A partir de então surgem as teorias publicistas da responsabilidade do Estado, tendo em vista que a concepção civilista da culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço “que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 241). Esta concepção, também chamada de culpa anônima, não está mais ligada a um agente determinado, basta a vítima comprovar uma falha ou o simples mau funcionamento do serviço público para que se caracterize a responsabilidade do Estado.

A última fase dessa evolução da responsabilidade do Estado é com a teoria do risco, que, adaptada à Administração Pública, serviu de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, dando origem à teoria do risco administrativo (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 242).

Na teoria do risco não importa se houve falta ou culpa do serviço, pois, se o Estado exerce suas atividades para o benefício da sociedade – parte-se do princípio de que todos são alcançados por esse benefício –, nada mais justo que ao causar danos a alguém a reparação seja também realizada por todos, ou seja, cabe ao Estado indenizar o prejudicado (DI PIETRO, 2010, p. 646).

Nessa teoria não há que se falar em culpa, o que importa é “a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243), ou seja, o nexo de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o

dano sofrido pela vítima. Nesse caso não se questiona se o serviço público funcionou bem ou mal, o que importa é a prática de um ato lícito ou ilícito por um agente do Estado, um dano específico e anormal e se há nexo causal entre o ato do agente e o dano suportado pela vítima. Essa, então, é a responsabilidade objetiva do Estado (DI PIETRO, 2010, p. 646).

Cabe ressaltar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a teoria do risco integral. Na primeira, o Estado é responsabilizado “pelo risco criado e sua atividade administrativa” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243); na segunda, “a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resulte de culpa ou dolo da vítima” (MEIRELLES, 2010, p. 683).

A teoria do risco administrativo dispensa a prova da culpa do Estado, mas permite que o Estado afaste sua responsabilidade nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e fato exclusivo de terceiro, pois nesses casos é afastado o nexo de causalidade.

Quanto à teoria do risco integral, pode-se dizer que é uma versão extremada da doutrina do risco (MEIRELLES, 2010, p. 683), que responsabiliza o Estado mesmo nos casos de fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato exclusivo de terceiro.

Com base no exposto, pode-se concluir que a responsabilidade civil do Estado consiste em uma obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.

### **3.2 Responsabilidade subjetiva do Estado**

No Brasil não foi acolhida a teoria da irresponsabilidade do Estado. Mesmo com a falta de normas legais expressas, os tribunais e doutrinadores brasileiros não aceitavam esta teoria (DI PIETRO, 2010, p. 648).

Em 1824, com a Constituição do Império, e em 1891, com a Constituição Republicana, não havia responsabilidade do Estado, e sim previsão de responsabilidade do funcionário em casos de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções. Nessa época havia apenas leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, que era acolhida pela jurisprudência como sendo solidária à responsabilidade com os funcionários (DI PIETRO, 2010, p. 648).

Foi no Código Civil de 1916, no artigo 15, que a responsabilidade do Estado teve previsão legal. A doutrina predominante na época atribuiu a esse dispositivo o entendimento de que a responsabilidade do Estado era fundamentada na teoria da culpa, ou

seja, na concepção civilista. Na Constituição Federal de 1934, no artigo 171, era prevista a responsabilidade solidária da Fazenda Pública e dos funcionários quando estes agiam com negligência, omissão ou abuso, sendo direito da Fazenda Pública ação de regresso contra o funcionário causador do dano (MEDAUAR, 2006, p. 367).

A atual Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, traz duas questões: relações jurídicas entre pessoas diferentes e diversos fundamentos jurídicos.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Percebe-se que na primeira parte do dispositivo a relação jurídica se dá entre o Estado e a vítima e verifica-se a responsabilização por parte do Estado pelos danos causados à vítima, portanto trata-se de responsabilidade objetiva do Estado. Já na segunda parte, a parte final do texto, o que se tem é uma relação entre o Estado e o seu agente, garantindo àquele o direito de regresso contra o agente responsável em caso de dolo ou culpa, portanto trata-se de responsabilidade subjetiva.

Dessa maneira, estão presentes, "no preceito constitucional, dois tipos de responsabilidade civil: a do Estado, sujeito à responsabilidade objetiva, e a do agente estatal, sobre o qual incide a responsabilidade subjetiva ou com culpa" (CARVALHO FILHO, 2010, p. 604).

Outra questão importante é se esse dispositivo refere-se somente à conduta comissiva do Estado ou também à conduta omissiva. Para Cavalieri Filho (2010, p. 251, grifos do autor), "o art. 37, § 6º, da Constituição não se refere apenas à atividade *comissiva* do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva".

Focando na conduta omissiva do Estado, "se o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva" (MELLO, 2010, p. 1012-1013, grifo do autor).

Contudo, se não houve uma ação por parte do Estado, não pode ele ser responsabilizado como autor do dano. Porém, se este tinha o dever de impedir a ocorrência do dano e não o fez, pode ser responsabilizado por não impedir o evento lesivo.

Quanto ao ato ilícito, o Estado pratica não só em casos de omissão (deixar de fazer o que deveria ser feito), mas também nos casos de comissão (faz o que não deveria fazer) (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252).

A omissão é dividida em omissão genérica do Estado e omissão específica. Na primeira, o Estado tem uma atuação deficiente quando deveria impedir o evento danoso, quando deixa de realizar algo que seria normalmente exigível ou não faz algo que lhe seria possível, nesse caso haverá responsabilidade subjetiva do Estado. Já na segunda, "haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo" (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252). Nesse caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Uma questão que não foi trazida no § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal foi quanto à responsabilização do Estado por atos praticados por terceiros e por danos decorrentes de fenômenos da natureza, pois a menção no dispositivo legal é sobre os danos que *seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*.

Como causas excludentes da responsabilidade são consideradas a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro, tendo ainda como atenuante a culpa concorrente da vítima. Por força maior entende-se um "acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio" (DI PIETRO, 2010, p. 652). Nesses casos não há responsabilidade do Estado, pois não existe nexo causal entre o dano e a conduta da Administração. Quando se tratar de culpa da vítima, deve-se verificar se é culpa exclusiva (o Estado não responde), ou culpa concorrente com o Poder Público (diminui a responsabilidade, é dividida entre o Estado e a vítima) – esta questão é consagrada pelo nosso Código Civil, no artigo 945.<sup>4</sup> Já quanto à culpa de terceiro, "também tem sido apontada como excludente de responsabilidade. No entanto, nem sempre é essa a solução diante de inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002" (DI PIETRO, 2010, p. 653).

Analizada esta questão das excludentes, cabe salientar que nos casos de força maior poderá haver responsabilidade do Estado se este se omitir na realização de um serviço.

<sup>4</sup> "Art. 945 - Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danos, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."

Percebe-se que a responsabilidade subjetiva do Estado ainda existe em nosso sistema jurídico, tendo em vista fato de terceiros e fenômenos da natureza, caracterizando a responsabilização da Administração com base na culpa anônima – por considerar que a omissão nem sempre deixa vestígios –, ou falta de serviço, incluindo assim o fato de o serviço não ter funcionado quando deveria, porque funcionou mal ou tardivamente.

Ademais, em nosso ordenamento jurídico está a cláusula geral da responsabilidade subjetiva, artigo 186 do Código Civil.<sup>5</sup> Então, sempre que não for responsabilidade objetiva ou esta não estiver configurada, aplica-se esta cláusula geral.

### **3.3 Responsabilidade objetiva do Estado**

Iniciando o estudo da responsabilidade objetiva do Estado, é importante salientar que na época da vigência do art. 15 do Código Civil de 1916, mesmo a doutrina predominante atribuindo a esse dispositivo o entendimento que a responsabilidade do Estado era fundamentada na teoria da culpa, houve doutrinadores que começaram a sustentar a tese de responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista a redação ambígua desse artigo. Nessa época o Supremo Tribunal Federal, em seus votos, já falava na teoria do risco administrativo e, por esse motivo, se conclui que antes de a responsabilidade objetiva do Estado se transformar em texto legal ela já existia na jurisprudência (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 245).

A responsabilidade objetiva do Estado, em texto positivado, aparece em nosso ordenamento jurídico somente com a Constituição de 1946, em seu artigo 194 (CAHALI, 2007, p. 31).

Este artigo não mencionava a culpa do funcionário como condição à responsabilidade do Estado, somente em seu parágrafo único havia previsão de ação de regresso contra o seu servidor. Portanto, o entendimento era de que “se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova de culpa e dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado se prescinde desses elementos subjetivos” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 245-246).

A partir de então a responsabilidade objetiva do Estado não foi mais retirada do texto constitucional, estando hoje no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Esta responsabilidade tem seu fundamento na teoria do risco administrativo e, conforme estudo já realizado nesta seção,

<sup>5</sup> “Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

no tópico “Origem e fontes da responsabilidade do Estado”, nessa teoria não há de se falar em culpa, pois o que importa é a relação de causalidade entre a ação do Estado e o dano sofrido pela vítima. Na teoria do risco também não se questiona se o serviço público funcionou bem ou mal, pois o que importa é a prática de um ato lícito ou ilícito por um agente do Estado, que haja um dano específico e anormal e se há nexo causal entre o ato do agente e o dano suportado pela vítima (DI PIETRO, 2010, p. 646).

Com o exposto, percebe-se que essa relação de subordinação do indivíduo à Administração Pública pode trazer riscos, ou seja, traz a possibilidade de causar danos para a sociedade em decorrência do exercício normal ou anormal das atividades do Estado e por este motivo nada mais certo que o Estado – representante de todos – suporte o ônus de suas atividades perante todos.

A teoria do risco administrativo tem sua base no princípio da igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 243). Segundo Di Pietro (2010, p. 646), no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, está previsto que “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”, ou seja, se os benefícios da atividade do Estado são alcançados a todos, nada mais correto e justo que os ônus e encargos destas atividades também sejam suportados por todos.

Com isso tem-se que a responsabilidade objetiva do Estado é a obrigação que o Estado tem de indenizar em razão de uma prática de atividade lícita ou ilícita que produziu danos na esfera jurídica de outrem e que para configurá-la basta prova da relação de causalidade entre a conduta do Estado e o dano sofrido pela vítima (MELLO, 2010, p. 1005-1006).

Analizando então o texto do dispositivo citado (§ 6º, artigo 37 da Constituição Federal), nota-se menção a duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Com relação à primeira categoria mencionada no dispositivo legal, têm-se como objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito público e estas estão qualificadas no artigo 41 do Código Civil Brasileiro:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:  
I - a União;  
II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;  
III - os Municípios;

- IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;
- V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Nesse caso, considerando então que o Estado não tem como causar dano a ninguém por ser pessoa jurídica, e que sua atuação é realizada pelos seus agentes (pessoas físicas), os quais efetivamente manifestam a vontade estatal, cabe ao Estado responder civilmente pelos danos que estes causarem a terceiros. Esta questão também está disposta no Código Civil, artigo 43:

Art. 43: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Uma questão levantada por Cavalieri Filho (2010, p. 247) é quanto à relação entre o ato do agente ou da atividade administrativa e o dano. "Terá o ato que ser praticado durante o serviço, ou bastará que seja em razão dele?" Haverá responsabilidade do Estado sempre que o dano causado a terceiro tenha relação com a atuação do agente da Administração.

Portanto, a Administração Pública deve exercer suas atividades com muita segurança, pois, como demonstrado até agora, a responsabilidade civil do Estado tem seu fundamento na teoria do risco, ou seja, suas atividades geram risco para a sociedade.

Agora com relação à segunda categoria mencionada no dispositivo legal também se tem como objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, ou seja, estas são equiparadas ao regime da Administração Pública no que diz respeito à responsabilidade civil. Em sendo assim, os entes jurídicos privados que prestam serviço público têm "a mesma responsabilidade que tem a Administração Pública" (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 257).

Para que seja configurada a responsabilidade objetiva, uma das regras a serem exigidas "é que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada" (DI PIETRO, 2010, p. 649). Só respondem objetivamente, nos termos do previsto na Constituição Federal, as que prestam serviço público, mesmo as concessionárias e permissionárias, e causam dano em decorrência desse serviço.

Percebe-se que o serviço público, mesmo que realizado por entidade privada, não perde a natureza estatal, a titularidade permanece sendo da entidade pública.

Essas entidades privadas que prestam serviços públicos respondem pelos danos causados com o seu próprio patrimônio e em nome próprio, pois são pessoas jurídicas com patrimônio e capacidade. São sujeitos de direitos e obrigações, agem por sua conta e risco e são responsáveis pelos resultados de suas ações. O único objetivo da norma constitucional foi estender a estas entidades privadas a responsabilidade objetiva, deixando-as assim de forma idêntica ao Estado, e não que o Estado responda por elas. Somente após esgotados todos os recursos da entidade prestadora de serviço público é que o Estado responde subsidiariamente, afinal “se o Estado escolheu mal aquele a quem atribui a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 258).

## **Conclusão**

O tema analisado neste trabalho é de fundamental importância perante o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, bem como perante o Direito Privado. O estudo da responsabilidade civil, no tocante à responsabilidade civil do Estado, demonstra a relevância do tema, haja vista a riqueza de hipóteses de responsabilização do Estado pelos danos causados a terceiros.

O Estado tem como função e objetivo atender ao interesse público. Esse serviço de atendimento ao interesse público é realizado por suas entidades, seus órgãos públicos e seus agentes, e para que seja cumprido esse dever de atendimento ao interesse público utiliza-se de todos os poderes necessários e conferidos a ele pela ordem jurídica.

Nosso país é organizado na forma de um Estado Democrático de Direito, conforme estabelecido na Constituição Federal. O Direito Administrativo tem sua origem no Estado Democrático de Direito, portanto é ramo do Direito Público e tem como função primordial regular as relações entre o Estado e os cidadãos. O Direito Administrativo surge para dar limites à conduta do Estado e assim, consequentemente, proteger a sociedade, atuando por meio dos órgãos públicos que integram a estrutura do Estado e desempenham funções estatais através de seus agentes.

Os agentes do Estado são pessoas físicas que exteriorizam a vontade estatal, sendo que esta manifestação se dá através do ato administrativo e destina-se a produzir efeitos jurídicos com a finalidade de atingir o interesse público. Os agentes do Estado são incumbidos de função pública.

Após um longo processo evolutivo da responsabilidade civil do Estado, foi com a teoria do risco, adaptada à Administração

Pública, que iniciou a teoria do risco administrativo. Nessa teoria não importa se houve por parte do Estado falta ou culpa do serviço, pois, se o Estado exerce suas atividades para o benefício da sociedade e por algum motivo esta atividade acaba por prejudicar alguém, cabe a ele indenizar a pessoa pelo prejuízo causado, pois o Estado é responsável pelo risco criado do exercício de suas atividades administrativas.

Há duas modalidades de responsabilidade do Estado: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. Aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva quando o dano causado pelo Estado foi em decorrência de sua omissão, quando o seu serviço não funcionou, funcionou mal ou com atraso. A responsabilidade subjetiva do Estado existe em nosso sistema jurídico, tendo em vista fato de terceiros e fenômenos da natureza. Cabe também esse tipo de responsabilidade quando o Estado se omite na realização de um serviço, quando deixa de agir no momento em que deveria e o dano acaba surgindo desta “falta do agir” do Estado. Nesses casos, basta à vítima comprovar uma falha ou o simples mau funcionamento do serviço público para que se configure a responsabilidade do Estado, caracterizando a responsabilização da Administração com base na culpa anônima, pois não está ligada à figura de um agente determinado.

Porém, prevalece em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva do Estado. Esta responsabilidade tem seu fundamento na teoria do risco administrativo e nessa teoria não há que se falar em culpa, pois o que importa é a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado, ou seja, o nexo de causalidade entre a ação ou omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima.

Na teoria do risco também não se questiona se o serviço público funcionou bem ou mal, pois o que importa é a prática de um ato lícito ou ilícito por um agente do Estado, que cause um dano específico e anormal e que haja nexo causal entre o ato do agente e o dano suportado pela vítima. A responsabilidade objetiva do Estado então é a obrigação que o Estado tem de indenizar em razão de uma prática de atividade lícita ou ilícita que produziu danos na esfera jurídica de outrem.

Contudo, o Estado jamais será responsabilizado se não existir nexo causal entre o dano e a conduta da Administração. A exemplo disso, há os casos de culpa exclusiva da vítima.

Dessa mesma forma é a responsabilidade das entidades privadas que prestam serviços públicos, pois agem por sua conta e risco e são responsáveis pelos resultados de suas ações. Se estas entidades privadas prestadoras de serviço público causarem danos a ter-

ceiros vão responder em nome próprio e com o seu próprio patrimônio. Somente depois de esgotados todos os recursos da entidade prestadora de serviço público é que o Estado responde subsidiariamente.

A responsabilidade civil do Estado consiste em uma obrigação de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades. Suas atividades geram riscos e a Administração Pública não poderia ficar isenta de responsabilização pelos riscos de suas atividades, bem como pelo resultado da prática de seus atos.

## **Referências**

- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. edição revista. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



# PARTE 2

# JURISPRUDÊNCIA



# Superior Tribunal de Justiça

## **Direito Processual Civil. Recurso Especial representativo de controvérsia. Cumprimento de sentença. Impugnação. Honorários advocatícios. Art. 543-C do CPC.**<sup>1</sup>

### **EMENTA OFICIAL**

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do "cumpre-se" (REsp. n.º 940.274/MS).

1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.

1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

2. Recurso especial provido.

### **ACÓRDÃO**

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro

Teori Albino Zavascki dando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelas Sras. Ministras Eliana Calmon e Laurita Vaz e pelos Srs. Ministros Castro Meira, Massami Uyeda e Humberto Martins, a Corte Especial, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Eliana Calmon, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Massami Uyeda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Francisco Falcão e Maria Thereza de Assis Moura.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 1º de agosto de 2011 (Data do Julgamento).

MINISTRO ARI PARGENDLER, Presidente.

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator.

REsp 1.134.186 - DJe 21.10.2011.

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900662419&dt\\_publicacao=21/10/2011](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900662419&dt_publicacao=21/10/2011)> Acesso em: 29 abr. 2012.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se, na origem, de impugnação ao cumprimento de sentença, manejada por Brasil Telecom S/A em face de pedido formulado por Sônia Carvalho Leffa Lumertz. No processo de conhecimento, a autora, ora recorrida, obteve sentença condenando a ré a cumprir obrigação de fazer, consistente na entrega de ações não-subscritas, convertida em perdas e danos, que totalizou R\$ 420.891,40 (fl. 34, e-STJ), com decisão transitada em julgado.

A impugnação foi desacolhida pelo Juízo de Direito da 8ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, sem, conduto, condenar a impugnante ao pagamento de honorários advocatícios, ao argumento de que são incabíveis em sede de incidente processual (fls. 88/91).

Interposto agravo de instrumento, o recurso foi monocraticamente provido pelo relator, decisão contra a qual foi manejado agravo interno, cuja ementa é a seguinte:

**AGRAVO INTERNO. BRASIL TELECOM. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

Argumentos já rechaçados quando do julgamento do agravo de instrumento. O simples fato de a nova sistemática processual introduzida pela Lei nº 11.232/05 ter passado a considerar a execução como um

mero procedimento incidental não impede o arbitramento de verba honorária, mormente no caso concreto em que a devedora não cumpriu de imediato e de forma espontânea a decisão, reabrindo nova discussão sobre a questão de fundo, ensejando trabalho do causídico. Interpretação do espírito da nova legislação.

**AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.** (fl. 113/116, e-STJ)

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 136/139, e-STJ).

Sobreveio recurso especial, arrimado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual há alegação de ofensa ao art. 20, § 4º, ao argumento de que "sendo o cumprimento de sentença apenas uma nova fase do processo de conhecimento, não há justificativa para que sejam fixados novamente honorários advocatícios". Assim, "mesmo que haja impugnação, a decisão que a solve não pode condenar a parte vencida a pagar honorários advocatícios, pois não existe a rigor sentença" (fls. 148/150, e-STJ).

Sinaliza, ademais, dissídio jurisprudencial em relação a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contra-arrazoado (fls. 156/162, e-STJ), o especial foi admitido (fls. 165/168).

Considerando a multiplicidade de recursos a versar o tema ora em debate, afetei o presente feito à apreciação desta E. Corte Especial, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso especial (fls. 192/194, e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Cuida-se de saber se são devidos e, em caso positivo, como devem incidir os honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, de acordo com a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, a partir da edição da Lei n.º 11.232/05.

2.1. A celeuma nasce com a implementação da chamada terceira etapa da reforma processual civil, iniciada com a Lei n.º 8.952/94, interpolada pela Lei n.º 10.444/02 e, finalmente, chegando-se à Lei n.º 11.232/05, a qual assume postura sincrética em relação às tutelas de conhecimento e executiva.

Com efeito, as tutelas declaratória/condenatória e executiva prestadas pelo Estado manifestam-se com a instalação de apenas uma relação processual, tão logo o réu seja citado para responder à petição inicial do autor até o pronto cumprimento da obrigação imposta, sem necessidade de, após declarado o direito, proceder-se a nova instauração de processo satisfativo.

Não obstante, é de se agitar, para logo, o alerta de Barbosa Moreira sobre o tema, para quem:

Raiaria pelo absurdo, note-se, pensar que a Lei n.º 11.232 pura e simplesmente 'aboliu a execução'. O que ela aboliu, dentro de certos limites, foi a necessidade de instaurar-se novo processo, formalmente diferenciado, após o julgamento da causa, para dar efetividade à sentença - em linguagem carne-luttiana, para fazer que realmente seja aquilo que deve ser, de acordo com o teor do pronunciamento judicial. (*Cumprimento e Execução de Sentença: Necessidade de Esclarecimentos Conceituais*. In. Revista Dialética de direito Processual, n.º 42, p. 56)

2.2. De fato, "execução" é espécie de tutela judicial (e não de processo), sendo certo que a atividade estatal levada a efeito após a sentença - quer se instaure um processo autônomo, quer se desenrolle de forma continuada à tutela anterior - não deixa de ser execução.

Nesse passo, muito embora os artigos regentes da nova tutela executiva estejam sob o título "Do cumprimento da sentença", o legislador manteve a técnica antiga ao proclamar no art. 475-I que "o cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo" (grifado).

2.3. Essa característica do cumprimento de sentença - a de se tratar de verdadeira execução - é o bastante para atrair a incidência do art. 20, § 4º, do CPC, porquanto tal dispositivo não cogita deveras de

"processo de execução", como tenta demonstrar parte pequena da doutrina, mas de "execução" apenas, *verbis*:

Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

3. De fato, a Lei n.º 11.232/05 nada disse sobre os honorários advocatícios nessa nova etapa processual.

Malgrado a omissão legislativa, deve-se concluir pelo seu cabimento.

3.1. O valor a ser fixado diz respeito ao trabalho do advogado em relação à nova fase de cumprimento de julgado, não se confundindo com aquelloutro estabelecido no processo de conhecimento.

Nesse particular, verifique-se o ensinamento de Araken de Assis:

É omissa a disciplina do 'cumprimento da sentença' acerca do cabimento dos honorários advocatícios. No entanto, harmoniza-se com o espírito da reforma, e, principalmente, com a onerosidade superveniente do processo para o condenado que não solve a dívida no prazo de espera de quinze dias - razão pela qual suportará, a título de pena, a multa de 10% (art.475- J, caput) -, a fixação de honorários em favor do exequente, senão no ato que

deferir a execução, no mínimo na oportunidade do levantamento do dinheiro penhorado ou do produto de alienação dos bens. Os honorários advocatícios já contemplados no título judicial (e sequer em todos) se referem ao trabalho desenvolvido no processo de conhecimento, conforme se infere das diretrizes contempladas no art. 20, §3º, para sua fixação na sentença condenatória. E continua em vigor o art. 710: retornam as sobras ao executado somente após a satisfação principal, dos juros, da correção, das despesas processuais e dos honorários advocatícios. Do contrário, embora seja prematuro apontar o beneficiado com a reforma, já se poderia localizar o processo e incidentes, a exemplo da impugnação do art.475-L, sem a devida contraprestação (in Cumprimento de sentença, Editora Forense, 2006, p. 264).

Entendo que com mais razão são cabíveis honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, porquanto as Leis 11.232/05 e 11.382/06, além de transformações de índole procedural, reafirmaram tendência processualista de retirar o devedor-vencido de seu tradicional estado de passividade e imputar-lhe o ônus de sua inércia. Sinais dessa vontade legislativa podem ser encontrados no próprio art. 475-J, que prevê multa de 10% em caso de não-cumprimento voluntário da sentença no prazo de 15 dias, e no art. 600, inciso IV, o qual considera ato atentatório à dignidade da justiça o executado não indicar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora.

Mostram-se relevantes, ade-  
mais, as ponderações da e. Minis-  
tra Nancy Andrigi, na relatoria do  
REsp. n.º 978.545/MG, para quem:

"(...) há de se considerar o pró-  
prio espírito condutor das alte-  
rações pretendidas com a Lei nº  
11.232/05, em especial a multa  
de 10% prevista no art. 475-J  
do CPC.

(...)

Nesse contexto, de nada adian-  
taria a criação de uma multa de  
10% sobre o valor da condena-  
ção para o devedor que não  
cumpre voluntariamente a sen-  
tença se, de outro lado, fosse  
eliminada a fixação de verba  
honorária, arbitrada no  
percentual de 10% a 20%, tam-  
bém sobre o valor da condena-  
ção.

Considerando que para o deve-  
dor é indiferente saber a quem  
paga, a multa do art. 475-J do  
CPC perderia totalmente sua  
eficácia coercitiva e a nova sis-  
temática impressa pela Lei nº  
11.232/05 não surtiria os efei-  
tos pretendidos, já que não ha-  
veria nenhuma motivação com-  
plementar para o cumprimen-  
to voluntário da sentença. Ao  
contrário, as novas regras viriam  
em benefício do devedor que,  
se antes ficava sujeito a  
uma condenação em honorári-  
os que poderia alcançar os 20%,  
com a exclusão dessa verba, es-  
taria agora adstrito tão-somen-  
te a uma multa no percentual  
fixo de 10%".

Muito embora haja doutrina de  
nomeada (THEODORO JÚNIOR,  
Humberto. *As novas reformas do  
código de processo civil*. 1ª ed.  
Editora Forense), inclusive com re-

flexos em julgamento turmário no  
âmbito deste STJ, no sentido de  
que "não é cabível, por ausência  
de disposição legal, novos hono-  
rários advocatícios pelo fato de o  
exequente ser obrigado a requerer  
o cumprimento de sentença" (REsp.  
1.025.449/RS, rel. Ministro JOSÉ  
DELGADO, PRIMEIRA TURMA), não  
me parece consentâneo com a re-  
forma o entendimento.

Deveras, é o próprio art. 475-R  
do CPC que determina aplicar  
"subsidiariamente ao cumprimen-  
to da sentença, no que couber, as  
normas que regem o processo de  
execução de título extrajudicial".

Vale dizer, se são cabíveis ho-  
norários advocatícios em execuções  
"embargadas ou não", nada mais  
lógico e razoável também caber a  
fixação das verbas advocatícias em  
pedidos de cumprimento de sen-  
tença, impugnados ou não.

Com efeito, havendo pedido de  
cumprimento (execução) do título  
constituído na fase de conheci-  
mento - ou seja, escoado o prazo de 15  
dias previsto no art. 475-J do CPC - ,  
mesmo que o devedor pague sem  
resistência, incidirão novos hono-  
rários advocatícios, porquanto o  
que determina a fixação da verba  
é o princípio da causalidade.

Nesse sentido, é certo que,  
transcorrido em branco o prazo do  
art. 475-J sem pagamento volun-  
tário da condenação, o devedor  
dará causa à instalação da nova  
fase (execução), sendo de rigor o  
pagamento também de novos ho-  
norários a serem fixados de acor-  
do com o art. 20, § 4º, do CPC.

3.2. Esse entendimento - de que  
é cabível a fixação de honorários

na fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação - é aceito de forma torrencial nesta Casa:

**PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVA SISTEMÁTICA IMPOSTA PELA LEI N° 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 sen-

tença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei n° 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.

(REsp 1028855/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 27/11/2008, DJe 05/03/2009)

---

No mesmo sentido, cito outros vários precedentes: REsp 1084484/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009; REsp 1054561/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA; REsp 1165953/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA; AgRg no Ag 1066765/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA; REsp 1130893/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA.

3.3. É de se ressaltar que o momento processual adequado para o arbitramento dos honorários pelo juízo, em fase de cumprimento de sentença, é o mesmo da execução de títulos extrajudiciais, ou da antiga execução de título judicial. É dizer, podem ser fixados tão logo seja despachada a inicial - caso o magistrado possua elementos para o arbitramento -, sem prejuízo, contudo, de eventual revisão ao final, tendo em vista a complexidade superveniente da causa, a

qualidade e o zelo do trabalho desenvolvido pelo causídico, dentre outros aspectos.

Vem a calhar o magistério de Araken de Assis:

Nenhum juiz é adivinho. Fixará o órgão judiciário os honorários na execução, por equidade (art. 20, § 4º), avaliando a inicial sob seus olhos e projetando os trabalhos normais que competirão, ulteriormente, ao advogado do exequente. Nada impede que, no estágio final da entrega do dinheiro, o órgão judiciário reexamine a verba inicialmente arbitrada, considerando o efetivo trabalho e a técnica superior das peças processuais juntadas pelo advogado do exequente.

Também esta Corte vem entendendo que a verba honorária pode ser fixada de início na execução ou em momento posterior, diante de elementos que melhor informem o juízo acerca do valor devido:

**EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO CABIMENTO.**

- Na execução por título judicial, são devidos os honorários advocatícios, ainda que não embargada. Fixação, todavia, relegada para o momento em que o Magistrado dispuser de elementos suficientes para tanto. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 604560/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/2004, DJ 29/11/2004 p. 346)

**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. PEDIDO**

**DE FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA AB INITIO. RECUSA DO JUÍZO. AGRAVO. IMPROVIMENTO. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA N. 13-STJ. OFENSA AO ART. 20, § 4º, NÃO CARACTERIZADA. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DOS HONORÁRIOS EM MOMENTO ULTERIOR.**

I. Não se configura o dissídio jurisprudencial se os arestos paradigmas do STJ não trazem a mesma particularidade discutida nos autos e os demais emanam da própria Corte a quo, atraindo a incidência da Súmula n. 13.

II. Conquanto devida a verba honorária na execução por título judicial, embargada ou não, inexiste imposição, no art. 20, parágrafo 4º, do CPC, para que seja fixada ab initio, podendo ocorrer a imposição do valor da sucumbência em momento em ulterior.

III. Recurso especial não conhecido. (REsp 612666/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2004, DJ 14/02/2005 p. 213)

---

4. Porém, a discussão cresce quando ocorre impugnação ao cumprimento da sentença, como no caso ora tratado, em que o incidente foi rejeitado pelo juízo, sem o arbitramento de honorários advocatícios, somente sendo reformada a decisão em grau de recurso.

4.1. Necessária se faz a investigação acerca da natureza jurídica da novel impugnação ao cumprimento de sentença, criada pela Lei

n.º 11.232/05, para só então saber se a decisão que a rejeita ou a aco- lhe rende ensejo a honorários de advogado.

Na sistemática antiga, os embargos à execução eram, quase à unanimidade, considerados ação autônoma de conhecimento e a sentença que o julgava deveria condenar o sucumbente nas verbas de advogado.

Há quem defenda que a impugnação ao cumprimento da sentença possui também natureza de ação, com honrosa representa-ção de Arruda Alvim (*Aspectos polémicos da nova execução*, v. III, p. 45/50) e Araken de Assis (Manual da execução. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1.177).

Por outro lado, há também respeitável posição a afirmar que "a natureza jurídica da impugnação depende do que por meio dela se alegue" (José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polémicos da nova execução*, v. III, p. 400). Nes- se caso, a impugnação ora apresenta-se como incidente processual - acaso verse sobre inexistência de re- quisitos de executividade ou vício procedimental - ora ação incidental -, caso as teses defensivas digam res- peito à inexistência da obrigação contida no título executivo. Respec- tivamente, a impugnação assumiria feições de exceção de pré- executividade ou de embargos à execução.

De resto, a impugnação seria pura e simplesmente um inciden- te processual ou uma defesa incidental, teses encabeçadas por

Athos Gusmão Carneiro (Revista da Ajuris, n. 102, pp. 65/66), Ernane Fidélis dos Santos (*As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*, p. 60) e Alexandre Freitas Câmara (*A nova execução*. 5 ed. p. 135/136).

Não obstante as respeitáveis posições doutrinárias em contrário, é de se considerar como traço de relevância o rompimento do novo sistema com as idéias liebmanianas de segregação de ação de conheci- mento e de execução.

Por isso, parece melhor opção a tese segundo a qual a impugnação ao cumprimento de sentença é mero incidente processual, mesmo porque esse foi o espírito da refor- ma, de simplificar o procedimen- to de satisfação do direito, unindo em uma só relação processual a tutela cognitiva e a executiva.

Com efeito, não há mais a pre- ocupação em se examinar aparta- damente os pedidos relativos a "processo de conhecimento" e a "processo de execução" - tal como concebido por Liebman -, sendo que a se considerar a impugnação uma ação de conhecimento incidental haveria, deveras, um retorno à sistemática revogada, em que somente mediante ação pró- pria de conhecimento (embargos à execução) poderiam ser discuti- dos eventuais vícios da pretensão executória do autor - a salvo a pena criativa de Pontes de Miranda a conceber a exceção de pré- executividade para matérias de ordem pública, com prova pré- constituída.

4.2. Por outro lado, a decisão que solvia os embargos à execução (sentença) era sempre impugnável

pela via da apelação, sendo que a impugnação ao cumprimento de sentença está sujeita a recurso secundum eventum litis, vale dizer, caberá agravo de instrumento em caso de rejeição total ou parcial da impugnação, ou apelação - recurso que somente hostiliza sentença - em caso de acolhimento, por quanto extinta estará a execução (art. 475-M, § 3º).

Na sistemática anterior, destarte, de oposição à execução mediante embargos, a jurisprudência da Casa era firme em proclamar o cabimento dos honorários, tanto na execução quanto nos embargos, mas precisamente porque estes eram considerados ação de conhecimento autônoma, extinta por sentença.

Confira:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - PROCESSO DE EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - NATUREZA - AÇÃO DE CONHECIMENTO - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - JURISPRUDÊNCIA UNIFORMIZADA NO ÂMBITO DA CORTE ESPECIAL DO STJ.

I - Mais do que mero incidente processual, os embargos do devedor constituem verdadeira ação de conhecimento. Neste contexto, é viável a cumulação dos honorários advocatícios fixados na ação de execução com aqueles arbitrados nos respectivos embargos do devedor. Questão jurídica dirimida pela Corte Especial do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 97.466/RJ.

II - Conhecimento e provimento dos Embargos de Divergência. (EREsp 81.755/SC, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/02/2001, DJ 02/04/2001 p. 247)

4.3. Porém, tal solução não me parece cabível em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

É que se deve ter sempre em mira o princípio da causalidade, segundo o qual arcará com as verbas de advogado quem deu causa à lide, deduzindo pretensão ilegítima ou resistindo a pretensão legítima. Nesse sentido, a causalidade, como bem advertira Chiovenda, está intimamente relacionada com a evitabilidade do litígio:

O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre [quem] deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo simples fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do vencedor. O que é necessário, em todo caso, é que a lide "fosse evitável" da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem qualquer consideração à culpa). E esta evitabilidade poderá consistir seja no abster-se do ato a que a lide é dirigida, seja no adaptar-se efetivamente à demanda, seja em não ingressar na demanda mesma (CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 36).

Nesse passo, mostra-se consensual com o princípio a fixação de honorários no cumprimento da sentença, porquanto a inércia do vencido deu causa à instalação de um novo procedimento executório, muito embora nos mesmos autos.

Porém, aviando o executado a sua impugnação, restando vencido a final, não se vislumbra nisso causa de instalação de nenhum outro procedimento novo, além daquele já aperfeiçoado com o pedido de cumprimento de sentença.

Por outro lado, em caso de sucesso da impugnação, com extinção do feito mediante sentença (art. 475-M, § 3º), revela-se que quem deu causa ao procedimento de cumprimento de sentença foi o exequente, devendo ele arcar com as verbas advocatícias.

4.4. Em realidade, da leitura atenta do art. 20 e seus parágrafos, extrai-se clara a conclusão de que, exceto em execução, somente a sentença arbitra honorários advocatícios (caput), sendo devida apenas despesas em caso de incidentes processuais (§ 1º), considerando-se como tais apenas as "custas dos atos do processo", "indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico" (§ 2º), mas não honorários.

Vale dizer, há clara diferenciação entre despesas e honorários, sendo que em incidentes somente cabem aquelas, exceção feita se porventura o incidente gerar a extinção do processo - como o acolhimento da exceção de pré-executividade ou da impugnação -, circunstância que, deveras, recla-

ma a prolação de sentença, subsu-mindo-se o fato processual ao *caput* do art. 20 do CPC.

Uma vez mais, valho-me da dou-trina do professor Yussef Saide Cahli:

Entenda-se, pois - e, sob esse aspecto, nenhuma dúvida pode ser admitida - que, no caso do incidente, ou do recurso, o juiz, ao decidi-lo, condenará nas des-pesas, e só nelas, sem, portan-to, a condenação em honorári-os de advogado (base na regra da sucumbênci a do art. 20), aquele que o provocou, que lhe deu causa inutilmente. (Idem, p. 216)

4.5. Portanto, por qualquer ân-gulo que se analise a questão, a impugnação ao cumprimento de sentença se assemelha muito mais à exceção de pré-executividade - que é defesa endoprocessual - do que aos embargos à execução, sen-do de todo recomendável a apli-cação das regras e princípios àque-la inerentes para o desate da celeuma relativa ao cabimento de honorários advocatícios em sede de impugnação ao cumprimento da sentença.

No que concerne ao cabimento de honorários advocatícios em ex-cepção de pré-executividade, a ju-risprudência desta Corte Especial resolveu a controvérsia, ao procla-mar o cabimento da verba apenas quando acolhida a objeção, com conseqüente extinção da execução, restando indevida no caso de rejeição da insurgência:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EX-

## CEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCABIMENTO.

1. Não é cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade julgada improcedente.

2. Precedentes.

3. Embargos de divergência conhecidos e rejeitados.

(EREsp 1048043/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/06/2009, DJe 29/06/2009)

Transcrevo como razões de decidir os substanciosos fundamentos do e. Ministro Hamilton Carvalhido, na relatoria do precedente acima mencionado:

Em casos tais, a impugnação ocorre por meio de simples petição nos próprios autos e possui natureza de mero incidente processual, para o qual a lei processual não prevê o cabimento de honorários advocatícios, ao dispor:

"Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido."

(...)

A propósito do tema, veja-se a doutrina de Yussef Said Cahali:

"(...)

No sistema processual do Código de 1939, o adjetivo (sentença final), com um conceito restrito de causa, levou o Tribunal de Justiça de São Paulo a proclamar que o art. 64 não se aplicava aos processos incidentes: 'Somente incidirá na decisão final da causa principal, quando se apreciam todas as questões discutidas, inclusive as incidentes, apurando-se então a sucumbência das partes em toda a sua extensão.

O novo Código de Processo refere-se simplesmente à sentença, sem atribuir-se qualquer qualificativo, como sendo o provimento judicial com que se 'condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios' (art. 20); entendendo-se, porém, como a sentença final ou definitiva, do Direito anterior e da doutrina.

Segue-se, porém, o primeiro parágrafo que, se não for interpretado em consonância com o todo do dispositivo e divorciado do sistema do processo, pode degenerar em contradições, ao estatuir que 'o juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido'. Inobstante o teor da disposição legal, trata-se, em realidade de caso em que não tem aplicação a regra da sucumbência, mas, sim e exatamente, o princípio da causalidade, senão, mesmo, da culpa.

(...)

Pois, antecipando o que melhor será examinado oportunamen-

te (cap. XII), referindo-se especificamente o § 1º do art. 20 a despesas, nestas não se incluem necessariamente - segundo a pretensa linguagem técnica do novo Código de Processo Civil - os honorários de advogado; o que, aliás, é realçado pelo próprio Pontes de Miranda.

Entenda-se, pois - e, sob esse aspecto, nenhuma dúvida pode ser admitida - que, no caso do incidente, ou do recurso, o juiz, ao decidir-lo, condenará nas despesas, e só nelas, sem, portanto, a condenação em honorários de advogado (base na regra da sucumbência do art. 20), aquele que o provocou, que lhe deu causa inutilmente. (...)

Em linha de princípio, tem-se que, na técnica do novo Código de Processo, qualifica-se como incidente toda e qualquer questão suscitada no curso do processo e que se resolve através de um provimento judicial sem as características de uma sentença. As questões suscitadas, e que, acolhidas, determinam a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), e bem assim a extinção do processo com julgamento de mérito (art. 269), como provimento judicial de que caberá apelação (art. 515), passam a constituir a questão principal na decisão da lide, resolvida sob a forma de provimento final e definitivo sob forma de sentença; e, como tal, a carga de responsabilidade das custas e dos honorários de advogado se faz segundo a regra do art. 20, caput.

(...)  
(in Honorários Advocatícios, 2ª ed., RT, pág. 215/220).

Não testilha com essa posição diversos outros precedentes sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. VERBA HONORÁRIA. INCABÍVEL. ART. 20, § 1º, DO CPC.  
I. Improcedente o incidente de exceção de pré-executividade, devido o pagamento das despesas respectivas pelo peticionário à parte contrária, mas não de honorários, haja vista o prosseguimento da execução (art. 20, § 1º, do CPC), sem que tenha termo o processo.

II. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.(REsp 694.794/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 19/06/2006 p. 143)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO.

De acordo com recente julgado desta 5ª Turma (REsp nº 442.156-SP, rel. Min. JOSÉ ARNALDO, DJ de 11/11/2002), a condenação ao pagamento de verba honorária somente é cabível no caso em que a exceção de pré-executividade é julgada procedente, com a consequente extinção da execução. Ao réves, vencido o excipiente-devedor, prosseguindo a execução (como ocorreu in casu), incabível é a condenação em verba honorária.

Recurso provido.

(REsp 446.062/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 10/03/2003 p. 295)

**PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC - EFEITO INFRINGENTE - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ACOLHIMENTO DO INCIDENTE.**

1. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente.

2. Verificada a rejeição da exceção de pré-executividade, indevida é a verba honorária, devendo a mesma ser fixada somente no término do processo de execução fiscal.

3. Embargos de declaração rejeitados (ambos).

(EDcl no REsp 1084581/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 29/10/2009)

Com efeito, por analogia ao que ocorre com a exceção de pré-executividade, em incidente processual de impugnação ao cumprimento da sentença, somente são cabíveis honorários advocatícios em caso de acolhimento, com a consequente extinção do procedimento executório.

4.6. Cumpre assinalar, no entanto, que o acolhimento ainda que parcial da impugnação gerará o

arbitramento dos honorários, que serão fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, do mesmo modo que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, porquanto, nessa hipótese, há extinção também parcial da execução.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR CULPA DO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 106/STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO RESP 1.102.431/RJ, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. [...]**

4. A jurisprudência do STJ entende ser cabível a condenação em verba honorária, nos casos em que a Exceção de Pré-Executividade for julgada procedente, ainda que em parte.

5. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1198481/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 16/09/2010)

**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. ART.20, § 1º, DO CPC.**

1. O STJ entende que somente cabe a imposição do pagamento de verba sucumbencial quando o pedido do excipiente é acolhido e o processo de execução é extinto, ainda que parcialmente. Precedentes.

[...]

(REsp 1106152/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 10/09/2010)

---

**EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA. EXTINÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PRECEDENTES.**

1. É cabível a fixação de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade acolhida para a extinção parcial da execução.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1192177/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 22/06/2010)

---

**TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CÁLCULO SEGUNDO APRECIAÇÃO EQUITATIVA (CPC, ART. 20, § 4º).**

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que é cabível a condenação em honorários advocatícios na hipótese de acolhimento de exceção de pré-executividade. A orientação se aplica à Fazenda Pública, na execução fiscal.

2. Em casos tais, a verba honorária deve ser fixada segundo aplicação equitativa do juiz, com base no art. 20, § 4º do CPC.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 949.881/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJe 29/05/2008)

---

**Processo civil. Agravo no recurso especial. Exceção de pré-executividade. Fixação de honorários. Possibilidade.**

- Se configurada a sucumbência, deve incidir a verba honorária em hipótese de acolhimento parcial de exceção de pré-executividade, mesmo que não extinta a execução, porquanto exercitado o contraditório. Precedentes.

**Agravo no recurso especial não provido.**

(AgRg no REsp 631.478/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2004, DJ 13/09/2004, p. 240)

---

**4.7. É de se ressaltar ainda que o aviamento de impugnação não compromete, por si só, a regular marcha do cumprimento da sentença, porquanto o sistema de efeito suspensivo agora é *ope iudicis*, cabendo ao juiz suspender ou não o procedimento (art. 475-M, *caput*), ao reverso do que ocorria com os embargos à execução, cujo efeito suspensivo era *ope legis* (antiga redação do art. 739, § 1º, do CPC).**

Nesse passo, sendo infundada a impugnação, o procedimento executivo prossegue normalmente, cabendo, eventualmente, incidência de multa por litigância de má-fé ou por ato atentatório à dignidade da justiça, mas não honorários advocatícios.

Esse também é o entendimento de abalizada doutrina:

Seja qual for o alcance do decisum, o juiz condenará o(s) vencido(s) nas despesas do incidente (art. 20, § 1º), distribuindo-se os ônus no caso de êxito parcial. Somente haverá condenação do(s) vencido(s) nos honorários advocatícios, arbitrados consoante apreciação equitativa, a teor do art. 20, § 4º, ocorrendo extinção da execução. (...)

(...)

Julgada totalmente improcedente a impugnação, a execução prosseguirá na condição em que iniciou, ou seja, definitiva ou provisoriamente. (...) À semelhança do que sucede na exceção de pré-executividade, só cabe condenação nas despesas, a teor do art. 20, § 1º. (ASSIS, Araken. Manual da execução. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1191/1192)

Assim, como já afirmado, em regra, a decisão que resolver a impugnação será interlocutória e, portanto, impugnável por meio de recurso de agravo. Apenas quando extinguir a execução, é que o recurso contra essa decisão será o de apelação. A relevância de tais argumentos para o estudo da incidência de honorários advocatícios na impugnação está no fato de que a decisão da lide é pressuposto da sucumbência. Nessa esteira, não pode haver condenação nos honorários sucumbenciais quando se decide qualquer questão incidental (art. 20, § 1º, do CPC). Como observa Yussef Cahali, somente poderá haver derrota

(causa de aplicação do princípio da sucumbência) quando houver uma declaração de direito, isto é, quando a lei atuar a favor de uma parte contra a outra. Por isso, o conceito de derrota relaciona-se estreitamente com a sentença. Uma decisão interlocutória não pode conter condenação na sucumbência.

Nesse passo, tendo em vista que tão-somente é possível falar-se em sucumbência quando houver o reconhecimento de uma situação jurídica e a respectiva atribuição de um bem jurídico ao impugnante, parece claro que somente haverá honorários advocatícios na condenação do vencido na impugnação, arbitrados consoante apreciação equitativa, a teor do art. 20, § 4º, do CPC, ocorrendo, consequentemente, a extinção da execução. Como dito, do pronunciamento desse teor caberá apelação (art. 475-M, § 3º, in fine, do CPC) (RIBEIRO, Flávia Pereira. *A sucumbência na impugnação ao cumprimento de sentença. In. Execução civil e cumprimento da sentença, volume II. Gilberto Gomes Bruschi e Sérgio Shimura (Coord.). São Paulo: Método, p. 202).*

5. Assim, as teses que encaminho para efeitos do art. 543-C do CPC são as seguintes:

a) São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do

"cumpra-se" (REsp. n.º 940.274/MS);

b) Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.

c) Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

4. No caso concreto, houve condenação à verba advocatícia em razão da rejeição da impugnação, o que testilha com o entendimento aqui firmado, razão pela qual devem ser decotados os honorários fixados no acórdão recorrido, sem prejuízo de arbitramento no âmbito do próprio cumprimento da sentença, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

## VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria, particularmente do ponto em que se discute sobre a condenação em honorários de sucumbência na impugnação ao cumprimento da sentença.

A ementa sugerida pelo eminente Relator condensa, de forma apropriada, as diversas teses desenvolvidas em seu voto, estando assim redigida:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SEN-

TENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Para efeitos do art. 543-C: 1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para o pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia depois da intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do 'cumpra-se' (REsp. n. 940.274/MS).

1.2. Somente são cabíveis honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença em caso de acolhimento desta, com consequente extinção do procedimento executório.

1.3. Não se cogita, porém, de dupla condenação. Os honorários fixados no cumprimento da sentença, de início ou em momento posterior, em favor do exequente, deixam de existir em caso de acolhimento da impugnação com extinção do procedimento executório, ocasião em que serão arbitrados honorários únicos ao impugnante. Por outro lado, em caso de rejeição da impugnação, somente os honorários fixados no pedido de cumprimento de sentença subsistirão.

2. Recurso especial provido."

Após detida análise dos autos, percebo que todas as dúvidas que me assaltaram durante a sessão de julgamento foram bem esclarecidas no voto do Relator, razão pela qual acompanho suas conclusões, tanto aquelas extraídas para efeitos do art. 543-C do CPC quanto as aplicáveis ao caso concreto.

## VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial em que se discute, em síntese, (i) se são devidos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, inclusive na sua impugnação, e, (ii) caso devidos, como devem incidir, de acordo com a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Civil.

A reforma processual consubstanciada pela Lei nº 11.232/2005, ao abrigo do sincretismo processual e com o intuito de dar maior efetividade à prestação jurisdicional, tornou desnecessário novo processo para que o credor pudesse, desde logo, fazer cumprir o estabelecido no título executivo judicial.

Diante dessa nova sistemática do processo de conhecimento, a jurisprudência desta e. Corte Superior, inicialmente, oscilou a respeito do cabimento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, ora admitindo-os (v.g. AgRg no Ag 1.080.092/RS, 4<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha e REsp 987.388/SC, 3<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros), ora os negando (v.g. REsp 1.025.449/RS, 1<sup>a</sup> Turma, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado).

A c. Corte Especial, no julgamento do REsp 1.028.855/SC (Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Nancy Andrichi, DJe de 5/3/2009), solucionou o impasse, reconhecendo o cabimento de honorários advocatícios na nova fase executiva. Desse modo, em vista do referido julgado, enten-

do que são devidos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Superada esta matéria, restou o questionamento a respeito do cabimento de honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença. Entendo, acompanhando o Relator e parte da doutrina (v.g. Alexandre Freitas Câmara e Ernane Fidélis dos Santos), que a impugnação ao cumprimento de sentença é mero incidente processual e, diferentemente dos embargos à execução de título executivo extrajudicial, não possui natureza de ação, assemelhando-se à exceção de pré-executividade.

Como asseverado no voto do em. Min. Relator, a c. Corte Especial sedimentou sua jurisprudência no sentido de que somente são cabíveis honorários de advogado em sede de exceção de pré-executividade caso esta seja julgada procedente, pois, assim, põe-se fim à execução (EREsp 1.048.043/SP).

Portanto, entendo serem devidos honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença, caso esta seja acolhida, porquanto extinguirá o procedimento executório, de modo que deixarão de existir os honorários fixados anteriormente nesta fase em favor do exequente. Por outro lado, caso a impugnação seja rejeitada, permanecerão os honorários advocatícios fixados no início da fase executiva.

Ante o exposto, acompanho as conclusões do em. Min. Relator.

## VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: Questiona-se aqui, unicamente, a respeito do cabimento ou não da condenação do executado em honorários advocatícios na hipótese de julgamento de improcedência de impugnação por ele oferecida a execução de título judicial, como lhe faculta o CPC, no art. 475-J, § 1º, parte final. Tem razão o voto do relator ao afirmar que essa impugnação tem natureza jurídica de incidente, semelhante à denominada "exceção de pré-executividade", merecendo, por isso, tratamento também semelhante no que se refere a sucumbência. Ora, a jurisprudência firmada nesta Corte Especial nega condenação em honorários em caso de improcedência da referida "exceção". É de ser prestigiada, portanto, a conclusão do voto do relator. Com esse fundamento e considerados os limites da discussão aqui estabelecida, dou provimento ao recurso, acompanhando o relator. É o voto.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo

em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, indeferiu o pedido de desistência.

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Aguardam os Srs. Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Laurita Vaz, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda e Humberto Martins.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp e Francisco Falcão.

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Massami Uyeda e Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 19 de maio de 2010.

VANIA MARIA SOARES ROCHA,  
Secretária.

# Superior Tribunal de Justiça

**Direito Civil e Cambiário. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Duplicata recebida por endosso-mandato. Protesto. Responsabilidade do endossatário. Necessidade de culpa.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

**DIREITO CIVIL E CAMBIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DUPLICATA RECEBIDA POR ENDOSO-MANDATO. PROTESTO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO. NECESSIDADE DE CULPA.**

1. Para efeito do art. 543-C do CPC: Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

2. Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para efeito do art. 543-C do CPC, só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto, se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Sustentou, oralmente, a Dra. ANA DIVA TELES RAMOS EHRICH, pelo RECORRENTE BANCO DO BRASIL S/A.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2011 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator.

REsp 1.063.474, DJe 17.11.2011.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801285010&dt\\_publicacao=17/11/2011](https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200801285010&dt_publicacao=17/11/2011)>. Acesso em: 29 abr. 2012.

1. Promosul Comércio de Veículos Ltda ajuizou ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais em face de Vieira e Michel Ltda. e Banco do Brasil S/A. Argumentou, em síntese, que títulos de crédito (duas duplicatas), nos quais constava o autor como sacado, foram indevidamente apontados para protesto, mas que não possui nenhum débito com o sacador originário (Vieira e Michel Ltda) e que o protesto por indicação foi fraudulento, uma vez que as duplicatas não lhe foram apresentadas para aceite.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Novo Hamburgo/RS - 2º Juizado - julgou procedentes os pedidos para declarar a inexistibilidade dos títulos e condenar solidariamente os requeridos a pagarem ao autor o valor de R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais) a título de dano moral (fls. 110-116).

A sentença foi mantida em grau de apelação, nos termos da seguinte ementa:

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTIBILIDADE DE TÍTULO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Responsabilidade da instituição financeira ré que recebeu o título via endosso mandato. Conduta culposa caracterizada. Dano moral. Ocorrência. Quantum da indenização. Munutenção.

Apelos improvidos. (fl. 161)

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 179-182).

Sobreveio recurso especial interposto por Banco do Brasil S/A, apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 535 do CPC; e arts. 186 e 188, inciso I, do Código Civil de 2002 (arts. 159 e 160 do Código Civil de 1916).

Aduz o recorrente ter agido dentro dos limites legais no que concerne ao protesto dos títulos em questão, não havendo nenhuma ilicitude ou abuso de direito. Sustenta ser mero mandatário do credor que lhe transmitiu os títulos apontados por endosso-mandato e, nessa qualidade, agiu no exercício do direito assegurado pelo art. 17, inciso I, da Lei Uniforme de Genebra, bem como pelo art. 25 da Lei n. 5.474/68 e art. 43 do Decreto n. 2.044/08.

Em face disso, requereu o provimento do especial para que fosse reconhecida a ilegitimidade do banco para responder à ação indenizatória, afastar a condenação imposta ou, subsidiariamente, reduzir o *quantum*.

Sem contrarrazões, o especial foi admitido (fls. 205-210). Ascendendo os autos a esta Corte, e verificando a existência de multiplicidade de feitos a versar, de um modo geral, acerca da responsabilidade da instituição financeira que, recebendo título por endosso-mandato, leva-o indevidamente a protesto, afetei o julgamento da controvérsia à apreciação da Segunda Seção,

nos termos do art. 543-C do CPC e Resolução n. 8/2008 do STJ.

A Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN manifestou-se como *amicus curiae* pela ilegitimidade passiva da instituição financeira, na qualidade de endossatária-mandatária, porquanto todas as funções são exercidas em nome do endossante-mandante, não possuindo o endossatário disponibilidade sobre o crédito, encarregando-se unicamente dos atos de cobrança. (fls. 228-274)

O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães (fls. 283-287), opina pelo não conhecimento ou pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O presente caso submetido ao rito do art. 543-C do CPC circunscreve-se ao tema relativo à responsabilidade de quem recebe título de crédito por endosso-mandato e leva-o a protesto, o qual, posteriormente, é tido por indevido.

2.1. Como é de conhecimento cursivo, o endosso próprio, pleno, também chamado translativo, é aquele mediante o qual se transferem os direitos decorrentes do título de crédito (LUG, art. 14, e LC, art. 20).

O impróprio, à sua vez, é o ato pelo qual o endossante transfere apenas o exercício dos direitos emergentes da cártyula, sem que

remaneça ao endossante responsabilidade cambiária pelo aceite ou pagamento.

O chamado endosso-mandato, com efeito, é espécie do gênero “endosso impróprio”, constituindo cláusula pela qual o endossante constitui o endossatário seu mandatário, especificamente para a prática dos atos necessários ao recebimento dos valores representados no título, e para tal desiderato transfere-lhe todos os direitos cambiais do título.

É medida de simplificação da outorga de poderes do mandante ao mandatário, porquanto é instrumento exclusivamente cambial e se perfectibiliza com cláusula apostila no próprio título.

É o endosso a que faz menção o art. 18 da Lei Uniforme de Geração relativa a nota promissória e letra de câmbio:

Art. 18. Quando o endosso contém a menção “valor a cobrar” (valeur en recouvrement), “para cobrança” (pour encaissement), “por procuração” (par procuration), ou qualquer outra menção que implique um simples mandato, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas só pode endossá-la na qualidade de procurador.

Disposição semelhante é encontrada no art. 26 da Lei do Cheque (Lei n. 7.357/85) e art. 917 do Código Civil de 2002.

Nos termos do magistério de Rubens Requião, com o endosso-mandato, “transmite-se ao mandatário-mandatário, assim inves-

tido de mandato e da posse do título, o poder de efetuar a cobrança, dando quitação de seu valor" (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 495). O endosso translativo, à sua vez, espécie de endosso próprio e pleno, é o ato cambiário mediante o qual "o endossador transfere ao endossatário o título e, em consequência, os direitos nele incorporados" (*Ibidem*, p. 492).

Assim, no endosso-mandato o endossatário não age em nome próprio, mas em nome do endossante, razão pela qual o devedor poderá opor as exceções pessoais que tiver somente contra o endossante, mas nunca contra o endossatário.

Com efeito, não agindo o endossatário-mandatário em nome próprio nos atos de cobrança da cártyula, a responsabilidade perante terceiros não decorre exatamente de sua condição de endossatário, mas sim da posição de mandatário do credor primitivo ou decorrente de ato culposo próprio.

2.2. Vale dizer, a responsabilidade do endossatário-mandatário não resulta diretamente das regras de direito cambial, mas de direito civil comum, sobretudo as aplicáveis à responsabilidade do mandatário em relação a terceiros.

Daí por que, com acerto, tem-se afirmado na jurisprudência da Casa que "[r]esponde o banco pelo protesto indevido da duplicata, não em face da simples existência de endosso-mandato, mas por ter este participado para o evento danoso com culpa apenas a ele im-

putável" (AgRg no REsp 1021046/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2008).

Também nessa linha é a doutrina comercialista:

Os atos devem ser praticados pelo endossatário em nome e por conta do endossante-mandante, inclusive a propositura de ação cambiária e a habilitação de crédito em concordata ou falência. Do mesmo modo, o endossatário-mandatário é parte ilegítima para figurar no pólo passivo em ação cautelar de sustação de protesto de título de crédito, e falece competência ao endossatário para agir em nome próprio por não ser o proprietário do título. [...] Não se pode esquecer que a relação entre o endossante e o endossatário consubstancia contrato de mandato, e, assim, o endossatário só pode agir em nome e por conta do mandante. Não é por outra razão que a alínea 2ª do art. 18 da LUG só confere aos coobrigados o direito de opor ao endossatário-mandatário as exceções oponíveis ao endossante-mandante, por ser este a parte autora da ação (ROSA JUNIOR. Luiz Emygdio Franco da. Títulos de crédito. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 268-269).

2.3. São exemplos de circunstâncias em que há responsabilidade por protesto indevido daquele que recebeu título por endosso-mandato: a conduta ultra vires que extrapola os poderes transferidos pela cláusula-mandato, mercê do que dispõe o art. 662 do CC/2002,

além de conduta culposa praticada com negligência (art. 186 do CC/2002), de que é exemplo o apontamento do título a protesto a despeito da ciência prévia acerca da falta de higidez da cártula ou da ocorrência de pagamento.

Nessa linha, a jurisprudência é uníssona:

Processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Ação de nulidade de título cambial. Indemnização. Duplicata. Legitimidade passiva da instituição financeira. Endosso-mandato. Responsabilidade. Precedentes da Corte.

- O banco endossatário, ainda que por endosso-mandato, que, advertido pela suposta devedoria do desfazimento do negócio, leva o título a protesto, tem legitimidade passiva para ação de indenização.

Agravo não provido.

(AgRg no Ag 552.667/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2004, DJ 23/08/2004, p. 230)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENDOSSO-MANDATO. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE ATUAÇÃO COM NEGLIGÊNCIA. REEXAME DE CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta C. Corte entende que, em regra, a instituição financeira que recebe título de crédito por endosso-mandato não é responsável

pelos efeitos de eventual protesto indevido, exceto se exceder os poderes do mandato, agir de modo negligente ou, caso alertada sobre falha do título, levá-lo a protesto.

[...]

(AgRg no Ag 1161507/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011).

---

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PROTESTO INDEVIDO. ENDOSSO-MANDATO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DECISÃO CONFORME PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 - Encontra-se pacificado nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que a instituição financeira que recebe o título por endosso-mandato e não age de forma temerária, ou com desídia, é parte ilegítima para figurar como réu na ação cautelar de sustação de protesto, cumulada com danos morais.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento.(AgRg no Ag 1127336/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 13/05/2011)

---

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA. ENDOSSO-MANDATO. ILEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

O banco que recebe por endosso-mandato duplicatas representadas por boletos bancários somente é parte legítima para responder pelos danos causa-

dos pelo indevido protesto do título se houver sido advertido previamente sobre a falta de higidez da cobrança e, ainda assim, nela prosseguir, hipótese não caracterizada nos autos. Agravo improvido.  
(AgRg no REsp 902.622/AL, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 26/11/2008)

---

**AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA. ENDOSSO-MANDATO. ILEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CASO CONCRETO. PECULIARIDADES.**

1. O banco que recebe por endosso-mandato duplicatas representadas por boletos bancários somente é parte legítima para responder pelos danos causados pelo indevido protesto do título se houver sido advertido previamente sobre a falta de higidez da cobrança e, ainda assim, nela prosseguir, hipótese não caracterizada nos autos.

2. **AGRAVO DESPROVIDO.**  
(AgRg no REsp 866.748/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010)

---

**COMERCIAL E PROCESSUAL. PROTESTO DE TÍTULO. ENDOSSO MANDATO. BANCO MANDATÁRIO. RESPONSABILIDADE. ADVERTÊNCIA PRÉVIA DO CREDOR. DANO MORAL. VALOR. ARBITRAMENTO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORACIONALIDADE.**

1. Consoante a jurisprudência consolidada do STJ, no endosso

mandato o endossatário responde pelo protesto indevido de título quando procede ou mantém o apontamento após advertido de sua irregularidade, seja pela falta de higidez da cártyula, seja pelo seu devido pagamento. Precedentes.

[...]  
(AgRg no Ag 1101072/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 12/08/2011)

---

**CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA. COMUNICAÇÃO PRÉVIA DA DEVEDORA SOBRE A FALTA DE HIGIDEZ DO TÍTULO. BANCO COBRADOR. ENDOSSO-MANDATO. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. SÚMULA N. 227-STJ.**

I. Há responsabilidade do banco quando este, recebendo a duplicata em endosso-mandato, mas previamente advertido por escrito pela sacada, sobre a falta de higidez da cártyula, ainda assim promove o protesto, sem antes certificar-se junto à empresa credora, o que é muito fácil, sobre a veracidade daquela informação, causando dano moral.

II. "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral" - Súmula n. 227/STJ.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 259.277/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2002, DJ 19/08/2002, p. 171)

---

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA PAGA NO VENCIMENTO. BANCO ENDOSSATÁRIO. ENDOSSO-MANDATO. CIÊNCIA DO PAGAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

O banco endossatário, ainda que por endosso-mandato, que, advertido do pagamento da duplicata, leva o título a protesto, tem legitimidade passiva para ação de indenização pelo dano experimentado pela sacada, relativamente aos efeitos do ato indevido. Recurso especial não conhecido.

(REsp 285.732/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 12/05/2003, p. 304)

---

3. Com efeito, mantendo a jurisprudência há anos sufragada no âmbito deste Colegiado, a tese que encaminho para efeitos do art. 543-C do CPC é a seguinte:

Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto, se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártyula.

4. No caso concreto, afasto por primeiro a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o acórdão abordou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia.

E, no mérito, ao recurso há de ser negado provimento.

Consta dos autos que o banco endossatário recebeu duplicata não aceita e sem nenhum comprovante da entrega da mercadoria ou da prestação de serviço e, ainda assim, indicou o título a protesto.

Em situação idêntica, já decidiu esta Corte que “ausente o aceite das duplicatas, cabe ao endossatário exigir do endossante a apresentação do comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços, no momento em que realizado o endosso” (REsp 770.403/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 15/05/2006, p. 212).

Com efeito, no caso concreto, o título apontado a protesto não ostentava, *primo icto oculi*, condições de exigibilidade, razão pela qual, assim como entendeu o acórdão recorrido, tenho por configurada a conduta negligente do endossatário.

Também o valor da indenização arbitrada na origem (R\$ 7.600,00, com correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora a partir da citação) não autoriza a intervenção desta Corte para reduzi-lo, porquanto inexistente a exorbitância.

Tem-se entendido que, em se tratando de inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito, é possível a fixação de indenização por danos morais em até 50 (cinquenta) salários mínimos. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: AgRg no REsp 971.113/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA

TURMA, julgado em 23/02/2010; AgRg no Ag 889.010/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008.

Também inexiste recurso no que concerne à forma de atualização do débito, em razão do que fica também mantido o acórdão no particular.

5. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para efeito do art. 543-C do CPC, só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto, se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártyula.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antônio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

# Superior Tribunal de Justiça

**Direito Civil e Cambiário. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Duplicata desprovida de causa recebida por endosso translativo. Protesto. Responsabilidade do endossatário.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

**DIREITO CIVIL E CAMBIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DUPLICATA DESPROVIDA DE CAUSA RECEBIDA POR ENDOSSO TRANSLATIVO. PROTESTO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO.**

1. Para efeito do art. 543-C do CPC: O endossatário que recebe, por endosso translativo, título de crédito contendo vício formal, sendo inexistente a causa para conferir lastro a emissão de duplicata, responde pelos danos causados diante de protesto indevido, ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas.

2. Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as ações indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para efeito do art. 543-C do CPC, o endossatário que recebe, por en-

dosso translativo, título de crédito contendo vício formal, inexistente a causa para conferir lastro a emissão de duplicata, responde pelos danos causados diante de protesto indevido, ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Sustentou, oralmente, a Dra. ANA DIVA TELES RAMOS EHRICH, pelo RECORRENTE BANCO DO BRASIL S/A.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2011 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator.

REsp 1.213.256 - DJe 14.11.2011.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Vagner Adalberto dos S. Brandão & CIA Ltda. ajuizou ação

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001785938&dt\\_publicacao=14/11/2011](https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001785938&dt_publicacao=14/11/2011)>. Acesso em: 29 abr. 2012.

declaratória de cancelamento de protesto cumulada com reparação por danos morais em face de Brum e Saraiva Ltda. e Banco do Brasil S/A. Alega inexistência de causa para emissão das duas duplicatas levadas a protesto. Aduz ter desistido do negócio jurídico antes da sua validade, em virtude da demora na entrega da mercadoria. Nesse contexto, pleiteia indenização a título de ressarcimento por danos morais causados por protesto indevido, o qual acarretou a inscrição do seu nome em órgão de proteção ao crédito - SERASA.

Após excluído da lide o réu Brum e Saraiva, o Juízo de Direito da 3<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Pelotas/RS julgou procedentes os pedidos e determinou o cancelamento do protesto, condenando os réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 10 salários vigentes ao tempo de prolação da sentença, com juros de mora e correção monetária nos termos das súmulas 54 e 362 do STJ, respectivamente (fls. 70-76).

O Banco do Brasil S/A interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, nos termos da seguinte ementa (fls. 99-104):

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE PROTESTO. ENDOSO TRANSLATIVO. LEGITIMIDADE DO BANCO ENDOSSATÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO APELO. UNÂNIME.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 116-120).

Sobreveio recurso especial interposto por Banco do Brasil S/A, apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 535, II, e 458 do CPC; e art. 13, § 4º, da Lei 5.474/68.

Aduz que, em casos de endosso translativo, por se tratar de cobrança simples, os comandos para tal desiderato são automáticos, nos termos da Lei de Duplicatas, que autoriza a remessa dos títulos a cartório depois de transcorridos 5 (cinco) dias do vencimento das duplicatas.

Nesses termos, requer seja declarada a nulidade do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional ou reconhecida sua ilegitimidade, a fim de não ser responsabilizado pelos danos morais.

Pleiteia, por fim, o afastamento da condenação aos ônus sucumbenciais ou, subsidiariamente, sua compensação.

Sem contrarrazões, o especial foi admitido (fl. 152).

Ascendendo os autos a esta Corte, e verificando a existência de multiplicidade de feitos a versar, de um modo geral, acerca da responsabilidade da instituição financeira que, recebendo título por endosso translativo, leva-o indevidamente a protesto, afetei o julgamento da controvérsia à apreciação da Segunda Seção, nos termos do art. 543-C do CPC e Resolução n. 8/2008 do STJ.

A Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN manifestou-se

como *amicus curiae* pela não responsabilização do endossatário por vícios na criação ou circulação da cártyula. Assim, na sistemática do instituto do endosso, prevalece a regra da inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé, configurando o protesto do título um exercício regular de direito, inclusive para preservar o direito de regresso contra o endossante (fls. 181-231).

O Ministério Público Federal, mediante parecer oferecido pelo Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior, opina pelo não provimento do recurso especial. Entende o *Parquet* que, para o endossatário realizar o protesto da cártyula, deve antes se certificar se o título realmente guarda correspondência com a causa de emissão, cautela que não foi deviamente observada no caso em apreço (fls. 233-238).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O presente caso submetido ao rito do art. 543-C do CPC circunscreve-se ao tema relativo à responsabilidade de quem recebe título de crédito por endosso translativo e leva-o a protesto.

2.1. Ressalto, nesse primeiro momento, haver diferença substancial entre o endosso translativo e o endosso-mandato. Com este, "transmite-se ao endossatário-mandatário, assim investido de mandato e da posse do título, o poder de efetuar a cobrança, dando quitação de

seu valor" (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 495). Aquele, o endosso translativo, que é espécie de endosso próprio e pleno, é o ato cambiário mediante o qual "o endossador transfere ao endossatário o título e, em consequência, os direitos nele incorporados" (*Ibidem*, p. 492).

2.2. Nesse passo, cumpre, no segundo momento, esclarecer que há também diferenças notáveis entre duplicata sem causa ("fria" ou simulada) e aquela cujo negócio jurídico subjacente, posteriormente, tenha se desfeito ou tenha sido descumprido.

É de se notar que a "causalidade" da duplicata reside apenas na sua origem, mercê do fato de somente poder ser emitida para a documentação de crédito nascido de venda mercantil ou de prestação de serviços.

Porém, a duplicata mercantil é título de crédito, na sua generalidade, como qualquer outro, estando sujeita às regras de direito cambial, nos termos do art. 25 da Lei nº 5.474/68, ressaltando daí, notadamente, os princípios da cartularidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.

Vale dizer, conquanto a duplicata mercantil seja "causal" na sua emissão, sua circulação, mormente após o aceite do sacado, rege-se pelo princípio da abstração, desprendendo-se de sua causa original, sendo por isso inoponíveis exceções pessoais a terceiros de boa-fé, como o desfazimento do negó-

cio jurídico subjacente que dera lastro à emissão da duplicata.

Esse também é o preciso entendimento de Amador Paes de Almeida, que bem identifica a causalidade da duplicata apenas na sua emissão, desaparecendo esse traço com o aceite do sacado e com a circulação mediante endosso:

Título eminentemente causal, tem seu alicerce no contrato de compra e venda mercantil ou na prestação de serviços. Sem estes, como adverte Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, é inexistente. Conquanto mantenha traços comuns com a letra de câmbio, desta distingue-se por ter sua origem necessariamente presa a um contrato mercantil - disso decorrendo sua natureza causal. Daí só admitir, com relação ao sacador, as exceções que se fundarem em devolução da mercadoria, víncos, diferenças de preço, etc., exceções, entretanto, jamais arguíveis contra terceiros. Todavia, de causal torna-se abstrato por força do aceite, desvinculando-se do negócio jurídico subjacente sobretudo quando se estabelece a circulação por meio do endosso (ALMEIDA, Amador Paes de. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196).

Fábio Ulhoa Coelho, na esteira do magistério de Pontes de Miranda, faz o mesmo alerta, *verbis*:

[...] Claro que, sendo endossado a terceiro de boa-fé, em razão do regime cambiário aplicável

à circulação do título (LD, art. 25), a falta de causa legítima não poderá ser oposta pelo sacado perante o endossatário. A ineficácia do título como duplicata, em função da irregularidade do saque, somente pode ser invocada contra o sacador, o endossatário-mandatário ou terceiros de má-fé (quer dizer, os que conhecem o vício na emissão do título).

Da causalidade da duplicata, note-se bem, não é correto concluir qualquer limitação ou outra característica atinente à negociação do crédito registrado pelo título. A duplicata mercantil circula como qualquer outro título de crédito, sujeita ao regime do direito cambiário. Isso significa, em concreto, que ela comporta endosso, que o endossante responde pela solvência do devedor, que o executado não pode opor contra terceiros de boa-fé exceções pessoais, que as obrigações dos avalistas são autônomas em relação às dos avalizados, etc. Não é jurídico pretender vinculação entre a duplicata e a compra e venda mercantil, que lhe deu ensejo, maior do que a existente entre a letra de câmbio, a nota promissória ou o cheque e as respectivas relações originárias. (Curso de direito comercial, volume I: direito de empresa. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 459)

Ou seja, o desfazimento do negócio jurídico subjacente, depois de concluída a emissão da duplicata, sobretudo com o "aceite", não torna o título desprovido de causa, aplicando-se - desde o primeiro endosso - a regra da inopon-

bilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé.

Vale dizer, o que confere lastro à duplicata mercantil que conta com "aceite", como título de crédito apto à circulação, é apenas a existência do negócio jurídico subjacente, e não o seu adimplemento, o qual se consubstancia exceção pessoal do sacado oponível apenas ao credor originário, mas não a terceiros de boa-fé.

Nesse sentido já se manifestou a jurisprudência desta Corte:

DIREITO COMERCIAL. DUPLICATA ACEITA E ENDOSSADA EM GARANTIA PIGNORATÍCIA. EXECUÇÃO PELO ENDOSSATÁRIO DE BOA-FÉ. OPOSIÇÃO PELO SACADO. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA E ABSTRAÇÃO DO TÍTULO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. FINS NÃO PROCRASTINATÓRIOS. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. INAPLICABILIDADE.

- A duplicata mercantil é título de crédito criado pelo direito brasileiro, disciplinada pela Lei 5.474/68, submetendo-se ao mesmo regime jurídico cambial dos demais títulos de crédito, sujeita, portanto, aos princípios da cartularidade, da literalidade e, principalmente, da autonomia das obrigações.

- Nos termos do art. 15 da Lei nº 5.474/68, para execução judicial da duplicata basta o próprio título, desde que aceito. Assim, não se exige que o endossatário confira a regularidade do aceite, pois se trata de ato pelo qual o título transmuda de causal para abs-

trato, desvincilhando-se do negócio originário.

- Ausente qualquer indício de má-fé por parte do endossatário, exigir que ele responda por fatos alheios ao negócio jurídico que o vinculam à duplicata contraria a própria essência do direito cambiário, aniquilando sua principal virtude, que é permitir a fácil e rápida circulação do crédito.- Embargos de declaração que tenham por fim o prequestionamento não se sujeitam à sanção do artigo 538, parágrafo único, do CPC. Súmula 98/STJ.Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1102227/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 29/05/2009)

---

RECURSO ESPECIAL. COMERCIAL. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATA. ACEITE. TEORIA DA APARÊNCIA. AUSÉNCIA DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. EXCEÇÃO OPOSTA A TERCEIROS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS CAMBIAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ainda que a duplicata mercantil tenha por característica o vínculo à compra e venda mercantil ou prestação de serviços realizada, ocorrendo o aceite - como verificado nos autos -, desaparece a causalidade, passando o título a ostentar autonomia bastante para obrigar a recorrida ao pagamento da quantia devida, independentemente do negócio jurídico que lhe tenha dado causa;

2. Em nenhum momento restou comprovado qualquer comportamento inadequado da recor-

rente, indicador de seu conhecimento quanto ao descumprimento do acordo realizado entre as partes originárias;  
 3. Recurso especial provido.  
 (REsp 668682/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 355)

Tal entendimento foi por mim adotado na relatoria do REsp 261.170/SP, QUARTA TURMA, julgado em 4/8/2009.

Em suma, em se tratando de alegação de desacerto comercial decorrente do negócio jurídico subjacente, o caso é de exceção pessoal inoponível ao endossatário de boa-fé, motivo pelo qual é lícito eventual protesto realizado pelo endossatário em razão do inadimplemento do sacado.

Ademais, nessa hipótese, o protesto é medida que se impõe, como forma de resguardo do próprio direito de regresso do endossatário contra o endossante e avalistas, nos termos do que dispõe o art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68, *verbis*:

O portador que não tirar o protesto da duplicata, em forma regular e dentro do prazo da 30 (trinta) dias, contado da data de seu vencimento, perderá o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas.

Assim, desfeito o negócio jurídico subjacente, depois de aperfeiçoada a emissão da duplicata, e contando com o “aceite”, tal fato somente pode ser alegado em face

do credor originário, o qual arcará com todos os prejuízos decorrentes dos atos de cobrança do título, como o protesto.

Esse sempre foi o entendimento da jurisprudência da Casa:

**DUPLOCATA. ENDOSSO. PAGAMENTO FEITO PELO DEVEDOR DIRETAMENTE AO ENDOSSENTE. PROTESTO PRETENDIDO PELO BANCO ENDOSSATÓRIO.**

Aceita a duplicata e endossada, legitimado a receber o pagamento é o endossatário. O devedor que paga a quem não é o detentor do título, contentando-se com simples quitação em documento separado, corre o risco de ter de pagar segunda vez ao legítimo portador. Quem paga mal paga duas vezes.

Protesto intentado pelo endossatário. Sua necessidade, para resguardo do direito cambiário de regresso contra o endossante. É, pois, ato lícito, praticado no exercício regular de um direito.

Lei 5.474, de 18.07.68, art. 13, par. 4º.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 596/RS, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/1989, DJ 06/11/1989, p. 16690, REPDJ 06/11/1989, p. 16690)

**DUPLOCATA NÃO ACEITA - ENDOSSO - PROTESTO - PEDIDO DE NULIDADE FUNDADO EM INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO SACADOR.**

A irregularidade na emissão da duplicata ou a inadimplência do emitente poderá ser utilmente

arguida entre as partes originais.

Endossado, entretanto, o título, cuja validade condiciona-se à observância dos requisitos de forma e não a regularidade do saque, poderá o endossatário exercer amplamente os direitos dele emergentes. No caso, o direito de regresso contra endossante.

Protesto - direito de regresso. Juridicamente o protesto em nada afeta a posição do sacado que não aceitou. Entretanto, não podem ser ignoradas as enormes consequências que o comércio lhe empresta. Em atenção a isso, mantém-se o impedimento ao protesto, reconhecendo-se a inexistência de obrigação do sacado para com o emitente, mas ressalva-se, expressamente, o direito de regresso do endossatário.

(REsp 2166/RS, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/05/1990, DJ 25/06/1990, p. 6037)

---

#### COMERCIAL - DUPLICATA - ENDOSSO - PROTESTO - DIREITO DE REGRESSO.

I - A duplicata, uma vez endossada, sua validade condiciona-se à observância dos requisitos de forma e não à regularidade do saque, poderá o endossatário exercer amplamente os direitos dele emergentes. No caso, o direito de regresso contra o endossante e, ao menos para garantir esse efeito, o protesto do título se impõem. Esse, o entendimento que o STJ consolidou no aspecto.

II - Recurso não conhecido.

(REsp 15.623/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEI-

---

RA TURMA, julgado em 24/03/1992, DJ 20/04/1992, p. 5251)

2.3. Coisa bem distinta é a inexistência de contrato de venda mercantil ou de prestação de serviços subjacente ao título de crédito, portanto, emitido sem lastro, hipótese em que há caracterização da simulação ou emissão de duplicata "fria", prática, inclusive, considerada crime, nos termos do art. 172 do Código Penal.

Nessa hipótese, a inexistência de lastro à emissão da duplicata pode ser observada pelo endossatário, porquanto, à falta de negócio jurídico subjacente, o título endossado está desprovido de "aceite" ou do comprovante da entrega da mercadoria/prestação do serviço.

A bem da verdade, a inexistência de causa à emissão de duplicata não consubstancia verdadeiramente exceção pessoal, mas vício de natureza formal para emissão do título, que o acompanha, portanto, desde o nascedouro e não se convola com endossos sucessivos. (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 517/518).

Vale dizer, a regra da inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé, prevista em vários diplomas legais, como no Decreto n.º 2.044/1908, no Código Civil de 1916 e na Lei Uniforme de Genebra, não abarca os vícios de forma do título, extrínsecos ou intrínsecos, como a emissão de duplicata simulada, desvinculada de qualquer negócio jurídico e, ademais, sem aceite.

Nesse sentido, confira-se precedente de minha relatoria, dentre muitos outros:

DIREITO COMERCIAL. DUPLICATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMISSÃO IRREGULAR. SIMULAÇÃO. INOPONIBILIDADE DAS EXCEÇÕES PESSOAIS A ENDOSSATÁRIOS DE BOA-FÉ. NÃO-APLICAÇÃO. VÍCIO FORMAL INTRÍNSECO.

1. O que o ordenamento jurídico brasileiro veda - e isso desde o Decreto n.º 2.044/1908, passando-se pelo Código Civil de 1916 e, finalmente, chegando-se à Lei Uniforme de Genebra - é a oposição de exceções de natureza pessoal a terceiros de boa-fé, vedação que não abarca os vícios de forma do título, extrínsecos ou intrínsecos, como a emissão de duplicata simulada, desvinculada de qualquer negócio jurídico e, ademais, sem aceite ou protesto a lhe suprir a falta.

2. Em relação à Duplicata - é até ocioso ressaltar -, a Lei n.º 5.474/68 condiciona a sua emissão à realização de venda mercantil ou prestação de serviços, bem como a aceitação do sacado ou, na ausência, o protesto acompanhado de comprovante da realização do negócio subjacente, sem os quais estará configurado o víncio de forma intrínseco, o qual poderá ser oposto pelo sacado a qualquer endossatário, ainda que de boa-fé.

3. Recurso especial conhecido e improvido.  
(REsp 774.304/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 14/10/2010)

Assim, cuidando-se de víncio formal no título, como a inexistência de causa apta a conferir lastro à emissão, eventual protesto levado a efeito pelo endossatário, ainda que de boa fé, deve ser considerado indevido.

Nessa hipótese, também não poderá alegar o endossatário a exigência legal do protesto para viabilizar-lhe o direito de regresso contra o endossante, porquanto, ao receber título evidentemente desprovido de causa, assumiu os riscos da inadimplência.

Ressalva-se apenas o direito de regresso do endossatário contra o endossante independentemente do protesto.

Nesse sentido é a antiga jurisprudência da Corte:

COMERCIAL. DUPLICATA SEM ACEITE E SEM LASTRO COMERCIAL. ENDOSSATÁRIA. ASUNÇÃO DO RISCO. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. CABIMENTO. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. INVIAZILIDADE. O endossatário de duplicata sem aceite e sem lastro comercial assume o risco de ser demandado por eventuais intempéries relacionadas ao título, devendo responder por danos morais. Precedentes.

[...]

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.  
(REsp 592.939/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 16/11/2004 p. 297)

DUPLICATA. Falta de causa. Endosso. Protesto. Anulação. Perdas e danos. Pessoa Jurídica.

- O banco que recebe por endosso, em operação de desconto, duplicata sem causa, responde pela ação de sustação de protesto e deve indenizar o dano dele decorrente, ressalvado seu direito contra a endossante.

[...]

Recurso conhecido pela divergência, mas improvido.

(REsp 195.842/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/1999, DJ 29/03/1999, p. 188)

---

**COMERCIAL. DUPLICATA NÃO ACEITA. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. ANULAÇÃO. ENDOSSO. DIREITO DE REGRESSO.**

Pode ser sustado o protesto e anulada a duplicata sem aceite que esteja esvaziada de seu conteúdo causal, por não ter sido consumado o negócio subjacente, mas com a ressalva em ordem a assegurar o direito de regresso do endossatário de boa-fé.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp 95.605/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 29/10/1998, DJ 01/02/1999, p. 197)

---

**Endosso. Duplicata sem aceite. Ação de nulidade movida pelo sacado.**

Encargos da sucumbência.

O endossatário que leva a protesto duplicata não aceita, ainda que isso seja necessário para assegurar direito de regresso, assume o risco de colocar-se como réu, em ação movida pelo sacado e deverá, se vencido, arcar com o pagamento de custas e honorários.

(REsp 248.275/GO, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 29/05/2000, p. 152)

---

No mesmo sentido é a jurisprudência mais recente do STJ:

**AGRADO REGIMENTAL - AGRADO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DUPLICATA - PROTESTO INDEVIDO - ENDOSSO-TRANSLATIVO - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS - FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA - ARBITRAMENTO DA VERBA - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.**

I. A jurisprudência desta Corte é pacífica ao proclamar que, tratando-se de duplicata irregular, desprovida de causa ou não aceita, hipótese observada no caso em tela, deve o Agravante responder por eventuais danos que tenha causado, em virtude desse protesto, pois, ao encaminhar a protesto título endossado, assume o risco sobre eventuais danos que possam ser causados ao sacado.

Assim, não há que se falar em exercício regular de direito.

[...]

(AgRg no Ag 1380089/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 26/04/2011)

**AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA. ENDOSSO TRANSLATIVO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELA REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS. PRECEDENTES.**

1. A instituição financeira que recebe duplicata de origem ir-

regular mediante endosso translativo responde pelos danos decorrentes do protesto indevido. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.(AgRg no Ag 1211212/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/03/2011)

**AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PROTESTO. DUPLICATA DESPROVIDA DE CAUSA. ENDOSSO. RESPONSABILIDADE. VALOR. RAZOABILIDADE.**

1. O Banco, portador do título, é responsável pela reparação de danos causados ao sacado pelo protesto de duplicata não aceita ou emitida sem vinculação à uma dívida real.

2. A boa-fé da instituição financeira não afasta a sua responsabilidade, porque, ao levar o título a protesto sem as devidas cautelas, assume o risco sobre eventual prejuízo acarretado a terceiros, alheios à relação entre endossante e endossatário.

[...]  
(AgRg no Ag 777.258/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 08/06/2009)

**CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROTESTO INDEVIDO. ENDOSSO TRANSLATIVO. DUPLICATA. EXISTÊNCIA DE DIVERSOS PROTESTOS ANTERIORES. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO.**

I. Procedendo o banco réu a protesto de duplicata, recebida

mediante endosso translativo, torna-se ele responsável pelo ato ilícito causador da lesão, se verificado que a cártyula não dispunha de causa à sua emissão, assumindo, pois, o recorrente, o risco negocial.

[...]

(REsp 976.591/ES, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 10/12/2007, p. 395)

**Anulação de títulos de crédito. Duplicata. SERASA. Protesto. Danos morais. Endosso. Caução.**

1. A instituição financeira que recebe a duplicata mediante endosso-caução responde pelos danos decorrentes do protesto, já que caberia àquela verificar a causa do título.

2. Recurso especial não conhecido, por maioria.

(REsp 397.771/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 29/08/2005, p. 328)

**PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA. PROTESTO. ENDOSSO TRANSLATIVO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA RESPONDER POR DEMANDA AJUIZADA PELO SACADO, BEM COMO PELO PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRECEDENTES.**

1. A instituição financeira que recebe o título por endosso translativo responde pelo protesto indevido. Precedentes.

2. Tendo sido reconhecida a responsabilidade do banco pelo protesto indevido, inviável afastar-se sua respectiva sucumbência.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 415.005/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 12/08/2011)

---

3. Com efeito, mantendo a jurisprudência da Casa, a tese que encaminho, para efeito do art. 543-C do CPC, é a seguinte:

O endossatário que recebe, por endosso translativo, título de crédito contendo vício formal, sendo inexistente a causa para conferir lastro a emissão de duplicata, responde pelos danos causados diante de protesto indevido, ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas.

4. No caso concreto, rejeito a alegação de ofensa aos arts. 535 e 458 do CPC, porquanto o acórdão recorrido abordou todos os pontos necessários ao desate da controvérsia.

No mais, o especial também não prospera.

Conforme ficou claro na sentença, as duplicatas protestadas não foram aceitas pelo autor, inexistindo também comprovação da entrega das mercadorias.

Assim, cuida-se de genuínas duplicatas sem causa, cujo recebimento por endosso translativo

transfere ao endossatário os riscos de intempéries relativas ao título recebido, inclusive o risco de protesto indevido.

Confira-se:

Conforme recibos de intimação acostados às fls. 09/10, os títulos não foram aceitos pelo autor, de modo que, ressaltando a natureza causal da duplicata mercantil, deveria o requerido, quando recebeu os títulos para desconto, ter verificado que a mercadoria negociada foi efetivamente entregue. Entretanto, nada há nos autos demonstrando que ao réu Banco do Brasil tenha sido apresentada, na falta de aceite, nota fiscal assinada pelo devedor. (fl. 72)

Vislumbrando a ocorrência de ato ilícito, o juízo sentenciante condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 10 (dez) salários mínimos vigentes à época da sentença, corrigidos monetariamente desde então e acrescidos de juros de mora à razão de 12% ao ano, a contar da data do fato (Súmula n. 54/STJ).

Essas premissas fáticas foram mantidas pelo acórdão e delas não pode se distanciar esta Corte Superior, sob pena de infringência à Súmula 7/STJ. Com efeito, diante da moldura entregue à instância superior, afiguram-se incensuráveis as decisões de piso.

5. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para efeito do art. 543-C do CPC, o endossatário que recebe, por endosso translativo, título de crédito contendo vício formal,

inexistente a causa para conferir lastro a emissão de duplicata, responde pelos danos causados diante de protesto indevido, ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Antônio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

# Superior Tribunal de Justiça

**SFI. Inadimplemento. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário. Reintegração da posse do imóvel pelo credor anteriormente ao leilão extrajudicial previsto no art. 27 da Lei 9.514/97. Possibilidade.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

SFI - SISTEMA FINANCIERO IMOBILIÁRIO. LEI 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. INADIMPLEMENTO DO FIDUCIANTE. CONSOLIDAÇÃO DO IMÓVEL NA PROPRIEDADE DO FIDUCIÁRIO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. SUSPENSÃO. IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO. PRETENSÃO, DO CREDOR, A OBTER A REINTEGRAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL ANTERIORMENTE AO LEILÃO DISCIPLINADO PELO ART. 27 DA LEI 9.514/97. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI.

1. Os dispositivos da Lei 9.514/97, notadamente seus arts. 26, 27, 30 e 37-A, comportam dupla interpretação: é possível dizer, por um lado, que o direito do credor fiduciário à reintegração da posse do imóvel alienado decorre automaticamente da consolidação de sua propriedade sobre o bem nas hipóteses de inadimplemento; ou é possível afirmar que referido direito possessório somente nasce a partir da realização dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/97.

2. A interpretação sistemática de uma Lei exige que se busque, não apenas em sua arquitetura interna, mas no sentido jurídico dos insti-

tutos que regula, o modelo adequado para sua aplicação. Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciário, é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel.

3. A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo implicaria autorizar que o devedor fiduciário permaneça em bem que não lhe pertence, sem pagamento de contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/97 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extrajudiciais. Se os leilões são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante, de um prejuízo a que não deu causa.<sup>4</sup> Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tri-

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901598205&dt\\_publicacao=22/03/2012](https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200901598205&dt_publicacao=22/03/2012)>. Acesso em: 29 abr. 2012.

bal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). ROBERTO MARIANO DE OLIVEIRA SOARES, pela parte RECORRIDA: VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A.

Brasília (DF), 13 de março de 2012 (Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora.

REsp 1.155.716 - DJe 22.03.2012.

## RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por LUIZ FERNANDO GARCIA COTTA e por TAIS AUGUSTO GARCIA COTTA objetivando impugnar acórdão exarado pelo TJ/DFT no julgamento de agravo de instrumento.

Ação: de Reintegração de Posse, ajuizada por VIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A em face dos recorrentes, tendo como objeto imóvel por ela vendido aos réus mediante alienação fiduciária em garantia.

Tendo em vista a inadimplência dos recorridos desde agosto de 2007, a autora constituiu-os em mora mediante notificação e, sem pagamento, consolidou o imóvel em sua propriedade, nos termos do art. 26, § 7º, da Lei 9.514/97. Em seguida, es-

tabeleceu datas para a realização de dois leilões extrajudiciais do bem, nos termos do art. 27, *caput* e §§, da referida Lei.

Alegando irregularidade em sua intimação acerca do procedimento, o réu LUIZ FERNANDO GARCIA COTTA, antes da possessória ajuizada por VIA EMPREENDIMENTOS, havia proposto outra ação, pelo procedimento ordinário, objetivando suspender os leilões extrajudiciais. Referida ação foi distribuída à 7ª Vara Cível de Brasília, DF (Processo nº 2008.01.1.143058-5). Nessa ação, o juízo deferiu medida liminar para, com base na irregularidade na intimação dos réus, suspender o leilão (fl. 623 a 624, e-STJ e, após, a fl. 699 a 700, e-STJ). Referido processo foi precedido por outro, ajuizado por TAIS AUGUSTO GARCIA COTTA com o mesmo objeto (processo nº 2008.01.1.140976-7, distribuído à 11ª Vara Cível do TJ/DFT).

Independentemente da realização do leilão, suspenso por decisão judicial, a VIA EMPREENDIMENTOS solicitou a reintegração da posse do bem na ação que deu origem a este recurso especial, motivando a controvérsia aqui discutida.

Medida liminar: deferida, após pedido de reconsideração (fl. 47, e-STJ).

Agravo de instrumento: interposto pelo ora recorrente. Os argumentos são os de que: (i) a realização dos leilões extrajudiciais consubstanciam condição para o pedido de reintegração de posse; (ii) o procedimento extrajudicial de venda dos imóveis não pode prosseguir na pendência de ação em

que se discute o débito; (iii) o devedor ofereceu, para depósito, o valor que entende devido pelo imóvel.

Decisão: O TJ/DFT negou provimento ao agravo por decisão unipessoal do relator. Nessa decisão, o relator ponderou: (i) que o direito à reintegração de posse decorreria diretamente da norma do art. 30 da Lei 9.514/97; (ii) que a jurisprudência do TJ/DFT entende que a “discussão de valores em ações revisionais não impede a reintegração da posse; (iii) o depósito oferecido pelo recorrente foi indeferido em primeiro grau de jurisdição, por decisão mantida no TJ/DFT.

Acórdão: negou provimento ao agravo, mantendo a decisão unipessoal.

Recurso especial: interposto com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, pelos réus da ação possessória. Alega-se violação dos arts. 26, 27, 30 e 37-A da Lei 9.514/97, bem como do art. 34 do DL 70/66, aplicável à matéria por força do art. 39, II, da mesma Lei 9.514/97 (fls. 791 a 801, e-STJ).

Admissibilidade: o recurso foi admitido na origem, por decisão da lavra do Des. Romão C. Oliveira (fls. 828 a 830).

Medida cautelar: ajuizada nessa sede, distribuída à minha relatoria sob o nº 15.590/DF. À época, deferi a medida liminar nos termos da seguinte ementa:

SFI - SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. LEI 9.514/97. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓ-

VEL. INADIMPLEMENTO DO FIDUCIANTE. CONSOLIDAÇÃO DO IMÓVEL NA PROPRIEDADE DO FIDUCIÁRIO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. PRETENSÃO, DO CREDOR, A OBTER A REINTEGRAÇÃO DA POSSE DO IMÓVEL ANTERIORMENTE AO LEILÃO PÚBLICO DISCIPLINADO PELO ART. 27 DA LEI 9.514/97. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI.

- À primeira leitura, o art. 30 da Lei 9.514/97 indica que o credor de imóvel objeto de contrato de alienação fiduciária pode solicitar a sua reintegração na posse, independentemente dos leilões públicos de que trata o art. 27 da Lei, desde que tenha promovido a consolidação de sua propriedade, nos termos do art. 26 da Lei.

- A análise sistemática da norma, contudo, leva a outra conclusão. Se o art. 37-A da Lei fixa a data dos leilões judiciais como marco inicial para o pagamento, pelo devedor, de taxa de ocupação, seria contraditório supor, antes desse momento, a ilicitude da sua posse.

- A possibilidade de purgação da mora até a data da alienação judicial vem somar-se aos argumentos em prol da interpretação da Lei 9.514/97 no sentido de que o imóvel somente deve ser desocupado pelo devedor-fiduciante após a realização dos leilões públicos.

Medida liminar deferida.

É o relatório.

## VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a estabelecer se há pretensão possessória em favor do credor por contrato de financiamento de imóvel com pacto de alienação fiduciária em garantia, na hipótese em que tal pretensão é exercida depois da consolidação da propriedade do imóvel, mas antes dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/97.

Quando da decisão da MC 15.590/DF, deferi a medida liminar então requerida pelos recorrentes com os seguintes fundamentos:

Na hipótese dos autos, o requerente se insurge contra a interpretação dada, pelo TJ/DF, à conjugação das regras dos arts. 26, 27, 30 e 37-A da lei 9.514/97. Toda a discussão está centrada no momento em que deve ser determinada a reintegração do credor na posse do imóvel, na hipótese de inadimplemento da obrigação.

A arquitetura da Lei é a seguinte: O art. 26 disciplina que, uma vez constatada a mora do fiduciante no contrato de alienação fiduciária de bem imóvel, o credor-fiduciário deverá notificá-lo mediante o Cartório de Registro de Imóveis para purgá-la em 15 dias. Não purgada a mora, a propriedade do imóvel, antes transferida ao devedor-fiduciante, será consolidada em nome do credor-fiduciário.

A seguir, o art. 27 determina que, com a consolidação da propriedade em nome do credor, este deverá, no prazo de 30 dias, promover público leilão para a venda do bem. Dois leilões são realizados. O primeiro deles, terá como preço mínimo o mon-

tante da avaliação do imóvel. O segundo, 15 dias depois, terá como preço mínimo o valor da dívida mais despesas, seguro, tributos e demais encargos incidentes.

Por fim, o art. 30 da Lei disciplina que *“é assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão (...), a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.”*

Ou seja, todos esses atos: consolidação da propriedade, leilões públicos e reintegração na posse, são previstos, pela lei, numa sequência lógica. Se tudo correr como determina a lei, em hipótese alguma a reintegração na posse do imóvel poderá ocorrer antes da realização dos leilões de que trata o art. 27.

Ocorre que no processo sob julgamento essa ordem não pôde ser obedecida. Por força de incorreta publicação dos editais, reconhecida pelo juízo de 1º grau, os leilões públicos que deveriam ser realizados em 30 e 45 dias contados do registro da consolidação da propriedade do imóvel, acabaram por não acontecer. E daí surgiu a questão: a reintegração na posse do imóvel, disciplinada pelo art. 30, pode ocorrer sem esses leilões? A leitura isolada do art. 30 da Lei 9.514/97 indica que sim. Não há, nessa norma, em princípio, qualquer indicação de que a reintegração da posse do imóvel não deva ser deferida em favor de seu proprietário, inde-

pendentemente da realização dos leilões.

Contudo, a Lei deve ser interpretada de maneira sistemática. Há duas disposições, como bem observado pelo requerente, que não podem deixar de ser levadas em consideração.

A primeira delas, é a do art. 37-A da Lei 9.514/97, que determina que “*o fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier a sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitido na posse do imóvel*”. O requerente argumenta que não há sentido em se deferir a reintegração de posse antes da realização dos leilões, se a própria lei fixa a data desses leilões como marco inicial para a exigibilidade da taxa de ocupação a ser paga pelo devedor-fiduciante. Antes disso, a taxa de ocupação não seria exigível justamente porque a posse do devedor, sobre o imóvel, não seria irregular.

A segunda dessas disposições é a norma contida no art. 34 do DL 70/66 que, disciplinando Cédula Hipotecária, determina que “*é lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos (...)*”. Essa disposição é expressamente aplicável aos contratos regulados pela Lei 9.514/97 (art. 39, II). O argumento do requerente é o de que, se é pos-

sível a purgação da mora até o leilão, não há sentido em se autorizar a desocupação do imóvel antes disso. Não se pode amparar a família do devedor por um lado, e desampará-la por outro.

A matéria é complexa e demanda discussão mais aprofundada. Neste momento, porém, mediante o perfuntório exame que é possível fazer em sede cautelar, vislumbra-se aparência do direito em favor do requerente. De fato, não há qualquer norma, na Lei 9.514/97, que indique, de maneira expressa, ser possível desalojar o devedor-fiduciante antes do leilão público do imóvel. Ao contrário, a própria arquitetura da Lei, com seus prazos calculados e sobrepostos em um procedimento escalonado, indica que a desocupação do bem somente deverá ocorrer após a arrematação. De todas as disposições, entretanto, a mais significativa é a do art. 37-A, da Lei 9.514/97. Se a própria lei estabelece, como marco inicial para a cobrança da taxa de ocupação, a data do leilão público, não há sentido em se interpretar a lei de modo a que o devedor seja obrigado a deixar o imóvel antes desse momento.

Nas contrarrazões deste recurso especial, a recorrida opõe-se à pretensão dos recorrentes com novos fundamentos. Para além da alegação de litigância de má-fé e de inépcia do recurso especial (Súmula 284/STF), o recorrido sustenta que “*o espírito da Lei 9.514/97 visa conferir celeridade e efetividade ao credor-fiduciário*” e que a consolidação do imóvel em

nome do credor, sem a respectiva reintegração de sua posse sobre ele, seria providência inócuia e sem sentido. Para o recorrido, o argumento de que “a Lei confere aos Recorrentes a possibilidade de purgar a mora até a data da alienação judicial do imóvel” é carente de nexo, uma vez que, além de puderem arrematar o imóvel mesmo que destituídos da respectiva posse, nada leva a crer que os devedores venham, no futuro, a purgar uma mora que até este momento vêm ignorando.

Outrossim, a recorrida sustenta que “além de não receber pelo imóvel que está sendo utilizado pelos Recorrentes há dois anos, sem nenhum ônus, a Recorrida ainda está sendo obrigada a pagar os débitos de condomínio e os tributos”, experimentando, com isso, significativo prejuízo. Por fim, sustenta que:

Sabe-se que a posse do devedor fiduciante decorre da relação fiduciária e é exercida como consequência natural dessa relação, só sendo admitida, por isso mesmo, enquanto adimplente o devedor-fiduciante. Ao romper-se a relação fiduciária por inexecução culposa do devedor-fiduciante, sua posse deixa de existir a justo título, de modo que a recusa à restituição do imóvel caracteriza esbulho, motivando assim a ação de reintegração da posse.

Para solução da questão, é necessário que se tenha em vista que só há sentido numa disputa possessória quando se está diante da afirmação de duas posses, cada

uma com o seu respectivo fundamento de fato e de direito. A posse dos recorrentes sobre o imóvel discutido foi adquirida por ato inter vivos, consubstanciado na compra e venda com alienação fiduciária em garantia. O imóvel, a partir desse contrato, ingressou em sua esfera jurídica, de modo que, com fundamento nos direitos decorrentes desse instrumento, os recorrentes exerceram seu poder de fato sobre o imóvel discutido. A aquisição da posse, portanto, é derivada.

Com a inadimplência, o credor, aqui recorrido, inaugurou os procedimentos para a retomada do bem, previstos na Lei nº 9.514/97, constituindo em mora o devedor e, ato contínuo, consolidando em seu nome a propriedade do bem, nos termos do art. 26, §1º a 7º, da Lei 9.514/97. Ao fazê-lo, o recorrido resolveu o contrato que fundamentara a posse do imóvel pelos recorrentes, de modo que o fundamento jurídico dessa posse se esvaiu.

Vê-se, portanto, que não há, na hipótese dos autos, a disputa da posse sobre o bem fundamentada em situações de fato autônomas. A posse, pelos recorrentes, decorria do contrato que estes haviam firmado com o próprio recorrido. Resolvido esse contrato, o fundamento de seu poder de fato sobre o bem desapareceu.

Diante desse panorama, não há como manter o que restou decidido por ocasião da apreciação da medida liminar deferida nos autos da MC 15.590/DF. De fato há, como ponderei naquela oportunidade,

diversos dispositivos na Lei 9.514/97 cuja interpretação conjugada levam a uma situação de dúvida acerca do direito aplicável. Por um lado, a Lei pode atribuir ao credor-fiduciário a propriedade do bem nas hipóteses de inadimplência em um momento (ausência de purgação da mora no prazo legal), mas estabelece a cobrança de taxa de ocupação apenas em momento posterior (a partir das datas dos leilões).

A solução da dúvida, contudo, não pode se dar em um sentido contrário ao que recomenda a lógica jurídica. Resolvido o contrato do qual emergia o fundamento da posse derivada, esta retorna ao seu antigo titular, podendo-se interpretar a permanência do antigo possuidor no bem como um ato de esbulho.

O argumento utilizado pelos recorrentes, de que a ausência de previsão de cobrança, pela Lei, de taxa de ocupação do bem antes da realização dos leilões judiciais, em lugar de militar em favor de sua pretensão, na verdade milita em sentido contrário a ela. A ausência de previsão para a cobrança dessa taxa só faz com que a injustiça da permanência dos devedores no imóvel seja maior: o bem não se encontra mais em sua propriedade; o fundamento de sua posse

desapareceu; e ainda assim, caso mantidas as conclusões da medida liminar anteriormente deferida, eles poderão permanecer, a título gratuito, residindo no imóvel.

À questão levantada pelos recorrentes, acerca de que destino deve ser dado ao imóvel entre o prazo da consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciante, e a data dos leilões judiciais, a resposta é simples: deve ser dado ao imóvel sua natural destinação econômica. A permanência daquele que promoveu esbulho do bem no imóvel não atende a essa destinação.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.



# Superior Tribunal de Justiça

**Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento de automóvel com garantia de alienação fiduciária. Notificação extrajudicial realizada por cartório de títulos e documentos situado em comarca diversa da do domicílio do devedor. Validade.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

**RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE AUTOMÓVEL COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA POR CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS SITUADO EM COMARCA DIVERSA DA DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR. VALIDADE.**

1. "A notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento, é válida quando realizada por Cartório de Títulos e Documentos de outra Comarca, mesmo que não seja aquele do domicílio do devedor" (REsp n. 1237699/SC, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 18/05/2011).

2. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

## ACÓRDÃO

A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra

Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Massami Uyeda, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília/DF, 29 de fevereiro de 2012 (Data do Julgamento).

**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**, Relatora.

REsp 1.283.834 - DJe 09.03.2012.

## RELATÓRIO

**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão que manteve sentença proferida pelo Juiz de Direito da 18ª Vara dos Feitos de Relações de Consumo Cíveis e Comerciais da Comarca de Salvador-BA que, nos autos de ação de busca e apreensão, reconheceu a nulidade da notificação extrajudicial realizada por Cartório de Registro de Títulos e Documentos de Comarca diversa do domicílio do devedor.

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201100332435&dt\\_publicacao=09/03/2012](https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201100332435&dt_publicacao=09/03/2012)>. Acesso em: 29 abr. 2012.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 81):

**APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA POR TABELIÃO FORA DO ÂMBITO DE SUA DELEGAÇÃO. MORA NÃO COMPROVADA. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO COM FULCRO NO ART. 267, INCISO IV, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.**

I - A Ação de Busca e Apreensão fundada no Decreto-Lei 911/69 pressupõe a prévia constituição em mora do devedor inadimplente, mediante notificação regular.

II - A competência territorial do tabelião é limitada à circunscrição para a qual tiver sido nomeado, sob pena de invalidade.

III - A notificação juntada aos autos não pode ser considerada válida e regular, visto que o apelado reside nesta Comarca de Salvador, mas foi notificado pelo Cartório de Títulos e Documentos da Comarca de Caucaia/CE, o que não pode ser admitido. Ora, a notificação extrajudicial enviada por cartório distinto da comarca do devedor é imprescritável para constituir-lo em mora, pois o ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação é inválido.

Sustenta o banco recorrente ofensa ao art. 3º, § 5º do Decreto-Lei n. 911/69 ao argumento de que para a comprovação da mora não é necessária a notificação local do financiado por meio de Cartório de Títulos e Documentos ou Protesto da mesma comarca do domicílio do devedor.

Assevera que o recorrido foi constituído em mora na forma da Notificação Extrajudicial expedida por Cartório de Títulos e Documentos demonstrada pela entrega de carta no endereço do devedor e que o art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 preconiza que, comprovada a mora, será concedida liminar de reintegração de posse.

Ressalta que a fundamentação do acórdão de não ter sido a notificação realizada por cartório da mesma comarca não tem o condão de retirar-lhe a força comprobatória exigida por lei.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial (cf. e-STJ fl. 137).

Não admitido o recurso especial na origem, dei provimento ao agravo e o converti em recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora):** Como visto do relatório, a questão discutida nos presentes autos atém-se à validade, ou não, de notificação extrajudicial realizada por Cartório de comarca diversa do domicílio do devedor.

No que interessa, constou do voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fl. 83):

“Compulsando os autos, verifica-se que o apelado reside nessa Comarca de Salvador/BA, mas o apelante, com o objetivo de constituir-lo em mora, realizou a notificação extrajudicial por intermédio do Cartório de Re-

gistro de Títulos e Documentos de Comarca de Caucaia/CE (fls. 14/16).

Data vênia ao entendimento esposado pelo apelante, tenho que de fato a notificação juntada aos autos não pode ser considerada válida e regular, visto que realizada em Cartórios de Títulos e Documentos de Comarca diversa, o que não pode ser admitido.

Ora, a notificação extrajudicial enviada por cartório distinto da comarca do devedor é imprestável para constituir-lhe em mora, pois o ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação é inválido."

A jurisprudência desta Corte, quanto à questão da mora, pacificou-se no sentido de que, na ação de busca e apreensão, cujo objeto é contrato de financiamento com garantia fiduciária, a mora constitui-se *ex re* nas hipóteses do art. 2.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 911/69, ou seja, uma vez não paga a prestação no vencimento, já se configura a mora do devedor que deverá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 911/69).

Confira-se, nesse sentido, o seguinte precedente:

*"Ainda que haja possibilidade de o réu alegar, na ação de busca e apreensão, a nulidade das cláusulas do contrato garantido com a alienação fiduciária, ou mesmo seja possível rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las,*

*com base no art. 51, IV do CDC, a jurisprudência da 2.ª Seção do STJ é pacífica no sentido de que na alienação fiduciária a mora constitui-se *'ex re'*, isto é, decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento, por isso não cabe qualquer inquirição a respeito do montante ou origem da dívida para a aferição da configuração da mora. - Na alienação fiduciária, comprova-se a mora do devedor pelo protesto do título, se houver, ou pela notificação extrajudicial feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, que é considerada válida se entregue no endereço do domicílio do devedor, ainda que não seja entregue pessoalmente a ele. - A busca e apreensão deve ser concedida liminarmente se comprovada a mora do devedor fiduciante. Recurso especial provido."* (ut REsp 810.717/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 04.09.2006)

Ainda no que diz respeito à constituição em mora por meio de notificação extrajudicial, foi consolidado o entendimento de que para a sua caracterização, é suficiente a entrega da correspondência no endereço do devedor, ainda que não pessoalmente. A propósito:

**"PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM DEPÓSITO. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR. VALIDADE. DECRETO-LEI N.º 911, ART. 2º, § 2º. EXEGESE.**

I. Válida a notificação para constituição em mora do devedor

efetuada em seu domicílio, ainda que não lhe entregue pessoalmente. Precedentes do STJ. II. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a extinção do processo, determinando ao Tribunal de Alçada a apreciação das demais questões postas no agravo de instrumento.” (REsp 692.237/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 11/4/2005).

**“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. PRECEDENTES. COMPROVAÇÃO DA MORA. VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO. REQUISITO PARA CONCESSÃO DE LIMINAR.**

- Ainda que haja possibilidade de o réu alegar, na ação de busca e apreensão, a nulidade das cláusulas do contrato garantido com a alienação fiduciária, ou mesmo seja possível rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV do CDC, a jurisprudência da 2.<sup>a</sup> Seção do STJ é pacífica no sentido de que na alienação fiduciária a mora constitui-se ex re, isto é, decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento, por isso não cabe qualquer inquirição a respeito do montante ou origem da dívida para a aferição da configuração da mora.

- Na alienação fiduciária, comprova-se a mora do devedor pelo protesto do título, se houver, ou pela notificação extrajudicial feita por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, que é considerada válida se entregue no endere-

ço do domicílio do devedor, ainda que não seja entregue pessoalmente a ele.

- A busca e apreensão deve ser concedida liminarmente se comprovada a mora do devedor fiduciante. Recurso especial provido.” (REsp 810717/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 4.9.2006)

Outrossim, a Quarta Turma dessa Corte, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.237.699-SC, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 18.5.2011, decidiu que a notificação extrajudicial, exigida para a comprovação da mora do devedor nos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária, pode ser realizada por Cartório de Títulos e Documentos de Comarca diversa do domicílio do devedor. Confira-se a ementa:

**RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE AUTOMÓVEL COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA POR CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS LOCALIZADO EM COMARCA DIVERSA DA DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR.**

1. A notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento, é válida quando realizada por Cartório de Títulos e Documentos de outra Comarca, mesmo que não seja aquele do domicílio do devedor.

2. De fato, inexiste norma no âmbito federal relativa ao limite territorial para a prática de

atos registrais, especialmente no tocante aos Ofícios de Títulos e Documentos, razão pela qual é possível a realização de notificações, como a efetivada no caso em apreço, mediante o requerimento do apresentante do título, a quem é dada liberdade de escolha nesses casos.

3. A notificação extrajudicial, seja porque não está incluída nos atos enumerados no art. 129, seja porque não se trata de ato tendente a dar conhecimento a terceiros acerca de sua existência, não está submetido ao disposto no art. 130 da Lei 6.015/73.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.(REsp 1237699/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 18/05/2011, sublinhei)

Por ocasião do referido julgamento foi ressaltado pelo Exmº Relator que não existe norma no âmbito federal relativa ao limite territorial para a prática de atos registrais, especialmente no tocante aos Ofícios de Títulos e Documentos, razão pela qual é possível a realização de notificações mediante o requerimento do apresentante do título, a quem é dada liberdade de escolha nesses casos.

Constou do voto condutor do acórdão citado:

“É bem verdade que a E. Terceira Turma desta Corte, em precedente de 2007, entendeu que, em virtude do disposto nos art. 8º e 9º da Lei n. 8.935/94, o tabelião não pode praticar atos fora do município para o qual

recebeu delegação, conforme a seguinte ementa:

Notificação extrajudicial. Artigos 8º e 9º da Lei nº 8.935/94.

1. O ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação não tem validade, inoperante, assim, a constituição em mora.

2. Recurso especial conhecido e provido.(REsp 682399/CE, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 24/09/2007, p. 287)

Contudo, penso que não se deve aplicar o mesmo entendimento para a hipótese ora em julgamento.

3. Com efeito, os arts. 8º, 9º e 12 da Lei 8.935/94 dispõem que:

Art. 8º É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.

Art. 9º O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.

Art. 12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

Verifica-se que os dispositivos referem-se, especificamente, aos *tabelionatos de notas e aos registros de imóveis e civis das pessoas naturais*, limitando a prática dos atos notariais realizados por estes oficiais de registro às circunscrições geográficas para as quais receberam delegação.

Nesse passo, a *contrario senso*, se a norma não restringiu a atuação dos Cartórios de Títulos e Documentos ao município para o qual recebeu delegação, não cabe a esta Corte interpretar a norma de forma mais ampla, limitando a atuação destes cartórios.

Máxime porque, no tocante às notificações extrajudiciais realizadas por via postal, não há qualquer deslocamento do oficial do cartório a outra comarca. De fato, inexiste norma no âmbito federal relativa ao limite territorial para a prática de atos registrais, especialmente no tocante aos Ofícios de Títulos e Documentos, razão pela qual é possível a realização de notificações, como a efetivada no caso em apreço, mediante o requerimento do apresentante do título, a quem é dada liberdade de escolha nesses casos.

4. Por outro lado, cumpre destacar, ainda, que o art. 130 da Lei 6.015/73, quando prevê o princípio da territorialidade, a ser observado pelas serventias de registro de títulos e documentos, não alcançou os atos de notificação extrajudicial, *verbis*:

Art. 130. Dentro do prazo de vinte dias da data da sua assinatura pelas partes, todos os atos enumerados nos arts. 128 e 129, serão registrados no domicílio das partes con-

tratantes e, quando residam estas em circunscrições territoriais diversas, far-se-á o registro em todas elas. (Renumerado do art. 131 pela Lei nº 6.216, de 1975). Parágrafo único. Os registros de documentos apresentados, depois de findo o prazo, produzirão efeitos a partir da data da apresentação. O art. 129, por sua vez, enumera os atos que deverão ser registrados no domicílio das partes contratantes:

Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: (Renumerado do art. 130 pela Lei nº 6.216, de 1975). 1º os contratos de locação de prédios, sem prejuízo do disposto do artigo 167, I, nº 3;

2º os documentos decorrentes de depósitos, ou de cauções feitos em garantia de cumprimento de obrigações contratuais, ainda que em separado dos respectivos instrumentos;

3º as cartas de fiança, em geral, feitas por instrumento particular, seja qual for a natureza do compromisso por elas abonado;

4º os contratos de locação de serviços não atribuídos a outras repartições;

5º os contratos de compra e venda em prestações, com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam, os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária;

6º todos os documentos de procedência estrangeira,

acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal;

7º) as quitações, recibos e contratos de compra e venda de automóveis, bem como o penhor destes, qualquer que seja a forma que revis-tam;

8º) os atos administrativos expedidos para cumprimento de decisões judiciais, sem trânsito em julgado, pelas quais for determinada a entrega, pelas alfândegas e mesas de renda, de bens e mercadorias procedentes do exterior.

9º) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento.

Walter Ceneviva, ao tratar do art. 130 da Lei 6.015/73, afirma:

"O domicílio determina a atribuição ao serviço de certa comarca, para que se assegure a cognoscibilidade por todos os terceiros. O assentamento fora do domicílio das partes, dos apresentados e interessados, dificultaria o conhecimento do ato por terceiros.

Havendo mais de um registro na comarca, a transcrição poderá ser feita em qualquer deles, vedada que é a distribuição (art. 131)."

5. Assim, a notificação extra-judicial, seja porque não está incluída nos atos enumerados no art. 129, seja porque não se trata de ato tendente a dar conhe-

cimento a terceiros acerca de sua existência, não está submetido ao disposto no art. 130 da Lei 6.015/73.

Na linha do citado precedente seguiu-se a seguinte decisão singular proferida no AG nº 1.401.254-BA, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 28.10.2011.

Observe-se que a limitação descrita no art. 9º da Lei nº 8.935/94 é dirigida ao tabelião na prática de serviços notariais e de registro, dentro das atribuições do cartório de notas.

Já a realização de notificação extrajudicial está a cargo do cartório de títulos e documentos, cujo titular denomina-se oficial de registro, para o qual não vinga a específica restrição.

Em resumo, o art. 9º da Lei nº 8.935/94, inserido na Seção II "Das Atribuições e Competências dos Notários", traz restrição à prática de atos fora do Município para o qual recebeu delegação, mas diz respeito expressamente ao tabelião de notas, não se aplicando ao cartório de títulos e documentos. Observe-se que, para este último, há seção específica na referida lei: "Atribuições e Competências dos Oficiais de Registros".

Assim, por ausência de norma dispondo em contrário e tendo em vista o pleno alcance de sua finalidade (dar conhecimento da mora ao próprio devedor a quem é endereçada a notificação), tenho como válida a notificação extra-judicial realizada por via postal, no endereço do devedor, ainda que o título tenha sido apresentado em

Cartório de Títulos e Documentos situado em comarca diversa do domicílio daquele.

No caso ora em exame, o devedor reside na Comarca de Salvador/BA e o recorrente, Banco Finasa S/A, com o objetivo de constituir em mora, realizou a notificação extrajudicial por intermédio do Cartório de Registro de Títulos e Documentos de Comarca de Caucaia/CE.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento para cassar o acórdão e a sentença, determinando o retorno dos autos à primeira instância para prosseguimento da demanda, analisando-se os demais aspectos da lide.

É como voto.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Massami Uyeda, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

# Superior Tribunal de Justiça

**Direito bancário e processual civil. Cédula de Crédito Bancário vinculada a contrato de crédito rotativo. Exequibilidade. Lei n. 10.931/2004. Possibilidade de questionamento acerca do preenchimento dos requisitos legais relativos aos demonstrativos da dívida.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

**DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA. INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.**

1. A Lei n. 10.931/2004 estabelece que a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial.

2. Para tanto, o título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004).

3. No caso em julgamento, afastada a tese de que, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário não possui força executiva, os autos devem retornar ao Tribunal a quo para a apreciação das demais questões suscitadas no recurso de apelação.

4. Recurso especial parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 10 de abril de 2012 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator.

REsp 1.103.523 - DJe 26.04.2012.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802419665&dt\\_publicacao=26/04/2012](https://www2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802419665&dt_publicacao=26/04/2012)>. Acesso em: 29 abr. 2012.

1. GET Propaganda Ltda. e Ernani Buchmann opuseram embargos à execução ajuizada pela Caixa Econômica Federal, aduzindo os embargantes inexistência de título executivo, porquanto, a despeito de ter sido carreada aos autos Cédula de Crédito Bancário, o que se executa é contrato de abertura de crédito em conta corrente, ou crédito rotativo, desprovido de liquidez e certeza, nos termos das Súmulas n. 233 e 247 do STJ. Pleitearam, de forma subsidiária, a redução dos juros remuneratórios a parâmetros que mantivessem o equilíbrio contratual.

O Juízo da 4ª Vara Federal de Curitiba/PR julgou improcedentes os embargos à execução, reconhecendo a exequibilidade da Cédula de Crédito Bancário e a inexistência de juros abusivos (fls. 56-64).

Em grau de apelação, todavia, a sentença foi reformada para julgar extinta a execução, nos termos do acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. EXTINÇÃO. O contrato de crédito fixo - com taxas, prestações e vencimentos previamente estabelecidos - reveste-se dos requisitos inerentes aos títulos executivos extrajudiciais.

A cártyula analisada no caso concreto (Cédula de Crédito Bancário), no entanto, decorre de Contrato de Crédito Rotativo que, apesar de apresentado por escrito e firmado na presença de duas testemunhas, não se constitui em título executivo extrajudicial, por não gozar dos requisitos da liquidez e certeza. Sob esta ótica,

fica, in casu, verificada a ineficácia do art. 28, da Lei nº 10.931/04 que não pode fazer tábula rasa do ordenamento processual vigente. Não há na referida avença sequer os valores e as respectivas datas de liberação do crédito ao mutuário. Diante disso, mostra-se perfeitamente subsumido o presente caso no verbete da Súmula nº 233 do STJ, "o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, não é título executivo." (fl. 107)

Os embargos de declaração opositos (fls. 110-112) foram rejeitados (fls. 113-116).

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 28 da Lei n. 10.931/2004, uma vez que a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, não se aplicando o que dispõe a Súmula n. 233/STJ, restrita à hipótese de contrato de abertura de crédito. Contra-arrazoado (fls. 129-135), o especial foi admitido (fls. 137-138).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A controvérsia ora instalada versa sobre a questão da exequibilidade de Cédula de Crédito Bancário, criada inicialmente pela MP n. 2.160, de 2001, a qual, após diversas reedições, culminou parcialmente na aprovação da Lei n. 10.931/2004.

A problemática hospeda-se no fato de que, na grande maioria das vezes, encontra-se subjacente à Cédula de Crédito Bancário um con-

trato de abertura de crédito rotativo, cuja exequibilidade fora afastada por sólida jurisprudência do STJ, cristalizada nas Súmulas 233 e 247:

Súmula 233: O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo. Súmula 247: O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.

Daí por que se tem entendido que a criação da Cédula de Crédito Bancário constituiu nítida reação do legislador contra a jurisprudência do STJ.

Segundo aqueles que rivalizam com o entendimento insculpido nas Súmulas 233 e 247, a jurisprudência deixara o Sistema Financeiro "órfão, desamparado, de instrumentos jurídicos que conferisse celeridade e segurança às volumosas transações que envolvem abertura de crédito, cheque especial ou crédito rotativo" (THEODORO JÚNIOR. Humberto. A cédula de crédito bancário como título executivo extrajudicial no direito brasileiro. in. *Revista Jurídica*. Ano 55, dezembro de 2007, n. 362, p. 15).

A mencionada jurisprudência do STJ - com a qual este Relator concorda integralmente - finca raízes no fato de que o contrato de abertura de crédito em conta corrente, em si, não revela obrigação líquida e certa assumida pelo cliente, e não pode o credor, à revelia do assentimento do devedor, criar título executivo "terminado" unilateralmente, mediante impressão de extratos

bancários ou elaboração de planilhas.

Tive a oportunidade de enfrentar a questão na relatoria do REsp. n. 800.178/SC, quando asseverei:

[...] o contrato de abertura de crédito rotativo (utilizado, no mais das vezes, em sua modalidade "cheque especial") não consubstancia, em si, uma obrigação assumida pelo consumidor. Ao contrário, incorpora uma obrigação da instituição financeira em disponibilizar determinada quantia ao seu cliente, podendo dela utilizar-se ou não.

[...]

A ausência de executividade do contrato de abertura de crédito decorre do fato de que, quando da assinatura do instrumento pelo consumidor - ocasião em que a obrigação nasce para a instituição financeira, de disponibilizar determinada quantia ao seu cliente -, não há dívida líquida e certa, sendo que os valores eventualmente utilizados são documentados unilateralmente pela própria instituição, sem qualquer participação, muito menos consentimento, do cliente.

Inexistindo, pois, certeza e liquidez no próprio instrumento, exigências que não são alcançadas mediante a complementação unilateral do credor com a apresentação de extratos bancários, porquanto não lhe é dado criar títulos executivos à revelia do devedor, tem-se que o contrato de abertura de crédito carece, realmente, de exequibilidade.

Em suma, porque não havia lei prevendo a exequibilidade do contrato de abertura de crédito em conta corrente, não podia o credor su-

prir a iliquidez e a incerteza que emergia diretamente do contrato, mediante a elaboração unilateral de cálculos relativos ao crédito utilizado, enquadrando o contrato de abertura de crédito na categoria geral de “documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas” a que faz referência o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, ao indicar os títulos executivos extrajudiciais aceitos no ordenamento jurídico.

3. Contudo, com o advento da Lei n. 10.931/2004, foi criada a Cédula de Crédito Bancário, exatamente nos mesmos moldes da prática bancária antes rechaçada pela jurisprudência do STJ, de modo a conferir certeza, liquidez e exigibilidade “seja pela soma nela indicada [na Cédula], seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente” (art. 28).

Tal a perplexidade gerada pela mencionada Lei que levou o ilustre ex-ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior a asseverar, em sede doutrinária, que:

Certamente não se encontrará nos países ocidentais, no âmbito das instituições financeiras, um diploma que conceda mais poderes ao credor estipulante de contrato de adesão, sem limites para taxas, comissões e multas: para completar, faltaria apenas excluí-lo do controle judicial (AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível na Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça, BDJur, p. 101).

As críticas alcançam a estatura da inconstitucionalidade (NERY JUNIOR,

Nelson [et. al.]. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 837-838), muito embora não se me afigure que a discussão, por esse enfoque, esteja suficientemente madura a ponto de permitir o incidente adequado.

4. Nessa esteira, o fato é que há lei regulando a matéria controvértida.

O legislador agiu pela via própria e validou as práticas bancárias que antes não encontravam lastro no ordenamento jurídico brasileiro.

Em outras palavras, a Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta corrente.

Os arts. 26 e 28 da Lei n. 10.931/2004 confirmam essa situação:

Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

§ 1º A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira.

[...]

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Com efeito, havendo lei a prever a complementação da liquidez do contrato bancário mediante apresentação de cálculos elaborados pelo próprio credor - ou, na linguagem da lei, tocando ao credor "a apuração do valor exato da obrigação" -, cabe ao Judiciário, em sede de jurisdição infraconstitucional, aplicar o novo diploma.

Esse entendimento foi sufragado por este Colegiado em mais de um precedente, tendo este Relator, no primeiro abaixo citado, ficado vencido, por entender que, naquele caso, incidiria a Súmula 7/STJ (AgRg no REsp 599.609/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2009; AgRg no REsp 1038215/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/10/2010).

Nesse mesmo sentido, para a Cédula de Crédito Rural, o art. 10, *caput* e § 1º, do Decreto-lei n. 167/67, assim dispõe:

Art 10. A cédula de crédito rural é título civil, líquido e certo, exigível pela soma dela constante ou do endôssio, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, re-

gularidade e realização de seu direito creditório.

§ 1º **Se o emitente houver deixado de levantar qualquer parcela do crédito deferido ou tiver feito pagamentos parciais, o credor desconta-los-á da soma declarada na cédula, tornando-se exigível apenas o saldo.**

Com artigo e parágrafo de mesma numeração, o Decreto-lei n. 413/69 preceitua comando normativo idêntico para a Cédula de Crédito Industrial. O art. 3º, da Lei n. 6.313/75 manda aplicar à Cédula de Crédito à Exportação as disposições do Decreto-lei n. 413/69, relativas à Cédula de Crédito Industrial.

Disposição análoga está contida no art. 5º da Lei n. 6.840/80, aplicável à Cédula de Crédito Comercial e à Nota de Crédito Comercial.

E a própria jurisprudência vem aceitando a emissão de outras cédulas de crédito, como a comercial e a industrial, para documentar contrato de abertura de crédito em conta corrente (REsp 791.676/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011; REsp 480.261/SC, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2005; Resp 253.433/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005).

Em suma, descabe indagar se, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário é título executivo, mesmo que decorra diretamente de contrato de abertura de crédito, seja rotativo ou cheque especial.

5. Cumpre investigar se, **em concreto**, a Cédula de Crédito Bancário reúne os requisitos legais para sua emissão e execução da dívida, requisitos que estão contemplados, sobretudo, no § 2º do art. 28 e art. 29 da Lei n. 10.931/2004, *verbis*:

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

[...]

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda

de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emissor, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Aliás, as exigências constantes nos inciso I e II do § 2º do art. 28 da Lei n. 10.931/2004, grosso modo, são as mesmas que preceituava a Quarta Turma do STJ, antes da edição das Súmulas n. 233 e 247, no sentido de ser exequível o contrato de abertura de crédito, mas exigia a adequada demonstração contábil do valor utilizado pelo cliente, sob pena de não se lhe conferir liquidez.

Na mesma linha são os seguintes precedentes: REsp 6.949/CE, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/1991; REsp 11.037/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/05/1992; REsp 8715/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/1991.

Portanto, a Lei n. 10.931/2004 não permite a utilização da Cédula de Crédito Bancário como mera roupa-gem do antigo contrato de abertura de crédito, como se a simples nomenclatura diversa lhe conferisse força executiva.

Ao reverso, o novo título de crédito, para ostentar exequibilidade,

deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o novo diploma legal uma série de exigências para conferir liquidez e exequibilidade à Cédula, a saber:

**I** - os cálculos realizados deverão evidenciar, de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

**II** - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Assim, muito embora não seja possível insurgir-se, no âmbito infraconstitucional, contra a exequibilidade em abstrato da Cédula de Crédito Bancário, eventuais questionamentos acerca da força executiva do título podem gravitar em torno do preenchimento das exigências legais alusivas à demonstração

clara e precisa dos valores utilizados pelo devedor, bem como os métodos de cálculo realizados pelo credor, exigências materializadas, sobretudo, nos inciso I e II do § 2º do art. 28 e art. 29, ambos da Lei n. 10.931/2004.

6. No caso concreto, o acórdão recorrido rejeitou a executividade da Cédula de Crédito Bancário, em razão do fato de ter se originado de contrato de crédito rotativo e não possuir, ela mesma, a Cédula, os valores e as liberações do crédito, tendo sido complementada com os extratos bancários.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da fundamentação do voto condutor:

A cártyula ora analisada (Cédula de Crédito Bancário), decorre de Contrato de Crédito Rotativo que, apesar de apresentado por escrito e firmado na presença de duas testemunhas, não se constitui em título executivo extrajudicial, por não gozar dos requisitos da liquidez e certeza. Sob essa ótica, fica, in caso, verificada a ineficácia do art. 28, da Lei nº 10.931/04, que não pode fazer tábula rasa do ordenamento jurídico processual vigente.

Com efeito, não há na referida avença sequer os valores e as respectivas datas de liberação do crédito ao mutuário, sendo necessária a sua complementação com extratos produzidos unilateralmente pela própria exequente. Diante disso, mostra-se perfeitamente subsumido o presente caso no verbete da Súmula nº 233 do STJ, “o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, não é título executivo”. (fl. 106)

Percebe-se, assim, que o acórdão recorrido rejeitou a executividade em abstrato da Cédula de Crédito Bancário, uma vez que sua liquidez decorreria de extratos elaborados unilateralmente pelo credor, prática que, como se afirmou anteriormente, foi autorizada pela Lei n. 10.931/2004.

Destarte, cumpre afastar esse fundamento do acórdão para conferir executividade, em tese, à Cédula de Crédito Bancário.

Porém, descabe ao STJ, na hipótese, determinar o prosseguimento normal da execução, uma vez que, conforme se depreende da petição de apelação carreada às fls. 68-84, o executado deduziu outros pedidos e fundamentos em seu recurso, os quais não foram analisados pelo Tribunal *a quo* em razão do acolhimento do primeiro, isto é, o da ausência de executividade em abstrato da Cédula de Crédito Bancário.

Assim, permaneceram em aberto, sem a apreciação do Colegiado Regional, as seguintes teses:

a) cerceamento de defesa - em razão do indeferimento de prova pericial pleiteada como necessária à demonstração de cobrança de encargos abusivos, tendo em vista que os embargos do devedor foram também rejeitados sem essa apreciação;

b) nulidade de intimação de despacho que os apelantes entenderam lhes ser prejudicial;

c) ausência de exequibilidade em concreto da Cédula de Crédito Bancário que aparelhou a execução, uma vez que os extratos que espelhavam o débito seriam imprestáveis ao fim a que se destinam, pois não evidenciariam, de

modo claro, preciso e de fácil entendimento, o valor total da dívida, de modo também a possibilitar ao devedor a compreensão da composição de seu débito.

Destarte, afastando esta Corte a tese de que, em abstrato, a Cédula de Crédito Bancário não possui força executiva, devem os autos retornar ao Tribunal *a quo* para a apreciação das demais questões suscitadas no recurso de apelação, entre elas a ausência de liquidez da Cédula de Crédito Bancário em razão do descumprimento das exigências previstas no art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004.

7. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para que os autos retornem ao Tribunal *a quo* e prossiga no julgamento do recurso de apelação.

É como voto.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

# Tribunal Superior do Trabalho

**Recurso de Revista. Ação civil pública. Correspondentes bancários. Lotéricas. Equiparação aos bancários. Responsabilidade exclusiva da CEF afastada.<sup>1</sup>**

## ACÓRDÃO

**RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTADO DE SERGIPE. CEF. CORRESPONDENTES BANCÁRIOS. LOTÉRICAS. EQUIPARAÇÃO AOS BANCÁRIOS. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA CEF.** O contrato de prestação de serviços firmado entre a CEF e os donos de lotéricas não tem o condão de atrair a responsabilidade exclusiva da CEF pelos direitos e obrigações decorrentes dos contratos de trabalho mantidos entre os empregados e os donos das casas lotéricas. Assim, a tentativa do Ministério Público em buscar melhores condições de trabalho para os empregados das casas lotéricas, atribuindo à CEF a responsabilidade exclusiva pela implantação de tais medidas, à margem do contrato de trabalho que regula a relação entre empregados e empregadores, não se mostra capaz de viabilizar o pleito. Revisa parcialmente conhecida e provida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º

**TST-RR-103200-21.2006.5.20.0005**, em que é Recorrente **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e Recorrido **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 20.ª REGIÃO**.

RR 103200-21.2006.5.20.0005.  
DJe 13.05.2011.

## RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública, pela qual o Ministério Público busca a equiparação dos funcionários que prestam serviço em casas lotéricas do Estado de Sergipe aos bancários, bem como a condenação ao pagamento de indenização por danos morais coletivos e adaptação das lotéricas às condições que garantam a segurança física dos funcionários.

O Regional afastou as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho, ilegitimidade do Ministério Público e ilegitimidade da CEF e manteve a sentença que condenou a Reclamada a providenciar as medidas necessárias para garantir a segurança dos funcionários que trabalham nas lotéricas, bem como promover a

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-20103200-21.2006.5.20.0005&base=acordao&numProcInt=493968&anoProcInt=2008&dataPublicacao=13/05/2011%2007:00:00&query=>>

equiparação deles aos bancários e pagar indenização a título de dano moral coletivo (a fls. 475).

O Reclamado interpõe o presente Recurso de Revista, a fls. 477/510, mediante o qual se insurge contra a decisão quanto ao temas anteriormente mencionados.

O Recurso de Revista foi admitido por meio do despacho proferido a fls. 516/517.

Contrarrazões a fls. 528/529.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

Despacho proferido em sede de Ação Cautelar Inominada, noticiando a fls. 563, que, liminarmente, concedeu efeito suspensivo ao Recurso de Revista interposto, até o julgamento final do recurso.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame dos intrínsecos afeitos à Revista.

### I - CONHECIMENTO INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Regional assim se manifestou sobre a matéria, a fls. 461/462:

Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar, por expressa previsão do art. 114 da Constituição Federal, não só dos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, mas também outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

A presente ação civil pública busca a defesa de interesses coletivos no âmbito das relações de trabalho, visto que visa a adoção de medidas relativas ao

ambiente e condições de trabalho, de sorte que esta Especializada se afigura como competente.

A Recorrente sustenta que não pode interferir nas relações entre os empregados e os empregadores, permissionários lotéricos. Entende que mantém com as lotéricas contrato de natureza diversa daqueles que regem as relações de trabalho. Requer a remessa do feito à Justiça Federal, órgão que entende competente para julgá-lo. Diz violados os arts. 109, I, e 114 da Constituição Federal. Traz aresto ao confronto jurisprudencial (a fls. 484/486).

A discussão originária diz respeito às relações de trabalho sob o ponto de vista das condições impostas aos empregados que prestam serviço em casas lotéricas e as funções atribuídas aos bancários. Assim, corretos os argumentos lançado pelo Regional e que balizaram a decisão atacada no sentido de que se aplica ao caso em tela o disposto no art. 114 da Constituição Federal, que, de forma ampla, estende a competência desta Justiça Especializada para as controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Inaplicável, portanto, o art. 109, I, da Constituição Federal.

O aresto apresentado ao confronto jurisprudencial é oriundo da Terceira Turma desta Corte, sendo, portanto, inservível ao confronto, nos termos do art. 896, -a-, da CLT.

Não conheço, no particular.

## ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Regional assim se manifestou sobre a matéria, a fls. 462/463:

A Lei n.º 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, estabelece em seu artigo 5.º, I, a legitimidade do Ministério Público para a proposição de ação civil pública, sendo que o inciso IV, do art. 1.º, prevê a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para a defesa de interesses difusos ou coletivos.

Ressalte-se que o art. 83 da Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, acabou com qualquer dúvida porventura existente no que respeita à legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura de Ação Civil Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, ao assim dispor:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;’ Por fim, não procede o argumento do Recorrente, de que os presentes autos se reportam a interesses disponíveis, visto que, em verdade, como já mencionado, cuidam da defesa de interesses coletivos no âmbito das relações de trabalho, visto que visam à adoção de medi-

das relativas ao ambiente e condições de trabalho.

Rejeita-se a preliminar, portanto.

A Recorrente sustenta a impossibilidade de defesa, pelo Ministério Público, de interesses individuais disponíveis e individuais homogêneos. Requer a extinção do feito sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC). Diz violados os arts. 81, III, da Lei n.º 8.078/90 c/c arts. 295, II e III, e 267, VI, do CPC e 127 e 129 da CF. Traz aresto ao confronto jurisprudencial (a fls. 489/490).

Esta Corte já pacificou seu posicionamento de que é patente a legitimidade do Ministério Público para interpor Ação Civil Pública na defesa de interesses individuais homogêneos.

A Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, atribui ao Ministério Público a competência para promover Ação Civil Pública para a proteção de interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6.º, alínea -d-). No entanto, especificamente quanto ao Ministério Público do Trabalho, estabelece o art. 83, inciso III, da Lei Complementar n.º 75/93, *in verbis*:

Compete a este Órgão promover a Ação Civil Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais, constitucionalmente garantidos.

Note-se que o dispositivo se refere a interesses coletivos, quando

desrespeitados os direitos sociais, constitucionalmente garantidos, não havendo incompatibilidade entre a norma e o dispositivo constitucional que atribui ao sindicato a defesa dos direitos coletivos da categoria que representa (art. 8.º, III, da CF), tampouco entre a referida norma e o dispositivo constitucional que dispõe sobre o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, da CF).

Ademais, o que se vê é que a referida Lei Complementar veio a regulamentar os termos do art. 129, inciso II, da Constituição Federal, que enumera como função institucional do MP a promoção de Ação Civil Pública, visando à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Portanto, da interpretação sistemática dos dispositivos acima referidos extrai-se o entendimento de que o Ministério Público detém competência para a defesa dos interesses individuais homogêneos por meio de Ação Civil Pública.

Registre-se, por oportuno, que a SBDI-1 tem reiteradamente decidido pela legitimidade ativa do MPT para intentar Ação Civil Pública em defesa de direitos individuais homogêneos, com fundamento em interesse social relevante, constando a matéria dos precedentes de temas ainda não convertidos em OJ, sob o n.º TDD1 401, sendo o entendimento retratado pelos seguintes precedentes: EEDRR- 1108/1999-002-23-00.0 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga, julgado em 4/12/2008 - Decisão unânime; ERR-734211/2001 - Min. Ma-

ria de Assis Calsing, DJ 31/10/2008 - Decisão unânime; ERR-411489/1997 - Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 7/12/2007 - Decisão por maioria; ERR-635002/2000 - Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 27/10/2006 - Decisão unânime; ERR-717555/2000 - Min. João Oreste Dalazen, DJ 15/4/2005 - Decisão unânime; ERR-379855/1997 - Red. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 25/6/2004 - Decisão por maioria, ERR-473110/1998 - Min. Vieira de Mello Filho, DJ 13/2/2002 - Decisão unânime; ERR-636470/2000 - Red. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 20/8/2004 - Decisão unânime; ERR-512988/1998 - Juiz Conv. José Antonio Pancotti, DJ 12/5/2006 - Decisão unânime; ERR-374202/1997 - Min. João Batis- ta Brito Pereira, DJ 29/4/2005 - Decisão unânime; RR-1738/1998-092-15-40.8, 8.ª T - Min. Dora Maria da Costa, DJ 18/4/2008 - Decisão unâ- nime.

Pelo exposto, constata-se que a decisão regional encontra-se em consonância com a atual jurisprudência desta Corte sobre a matéria, motivo pelo qual fica inviabilizado o conhecimento da Revista em razão da aplicação da Súmula 333 do TST e art. 896, § 4.º, da CLT.

Não conheço, no particular.

#### **ILEGITIMIDADE PASSIVA DE CEF**

A decisão regional foi no seguinte sentido, a fls. 463/464:

Nos moldes em que a lide foi delineada, onde o Ministério Pú- blico do Trabalho atribui respon- sabilidade à recorrente pela adoção de medidas relativas ao ambiente e condições de tra- ba-

Iho, tem-se que a existência ou não dos elementos que caracterizam a sua responsabilidade, representa questão a ser enfrentada como mérito.

Rejeita-se a preliminar.

A CEF sustenta que a simples indicação do Ministério Público não é suficiente para justificar a sua presença no polo passivo da demanda. Entende que a legitimidade é medida pela -dicção legal- e não pela -vontade do Autor-. Alega que os empresários lotéricos devem assumir os riscos de sua atividade e, portanto, é deles a legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação. Diz violados os arts. 2.º, IV, da Lei n.º 8.987/96, 6.º do CPC e 170, *caput* e II, da CF.

A legitimidade da causa decorre das afirmações lançadas na inicial. *In casu*, as afirmações do Autor vinculam a CEF à titularidade do direito pleiteado, condição que só se resolve após o exame meritório da demanda (Teoria da Ação). Assim, por ora, não se vislumbra na decisão regional a alegada afronta aos dispositivos legais e constitucionais invocados pela Recorrente.

Não conheço, no particular.

### **LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO**

O Regional assim se manifestou sobre a matéria, a fls. 464/465:

As condições em que o trabalho é prestado, nos agentes lotéricos, são determinadas pela Caixa Econômica Federal, conforme pode ser inferido dos termos dos Contratos de Adesão colacionados aos autos a fls.

57/86, aos quais citados agentes apenas aderem, não tendo, assim, qualquer poder de negociação com referência a tais condições.

Conforme corretamente ressaltou o Juízo de 1.º grau, -merece ressaltar que as lotéricas careceriam de legítimo interesse processual neste processo, pois as mesmas não têm força para estipular as cláusulas contratuais na permissão administrativa. O contrato é de adesão, isto é, as cláusulas são impostas verticalmente pela CEF, de acordo com a ordem jurídica, incluindo as decisões judiciais envolvendo interesses coletivos *lato sensu* (a fls. 340/341).

Assim, desnecessária a formação de litisconsórcio, pelo que se rejeita a preliminar.

A Recorrente entende que devem ser chamados à lide todos os permissionários lotéricos, uma vez que a solução do litígio acaba por estabelecer novas obrigações àqueles entes. Diz violado o art. 472 do CPC.

O Regional sustenta que os agentes permissionários aderem às condições contratuais impostas pela CEF. Nessas condições, os agentes lotéricos apenas cumprem as regras e normas previamente acordadas, não detendo qualquer poder de negociação, não podendo assim responder pelos direitos pleiteados na presente ação. A decisão regional encontra-se fundamentada na prova documental produzida nos autos e cujo reexame não é mais possível na atual fase recursal. Aplicação da Súmula 126 do TST.

Imutáveis as circunstâncias fáticas norteadoras do posicionamento decisório adotado, não há de se falar em violação do art. 472 do CPC.

Não conheço, no particular.

### **DA DECISÃO ULTRA PETITA**

A decisão regional acerca da matéria foi no seguinte sentido, a fls. 465:

O pleito da Recorrente, de limitação dos efeitos da decisão aos lotéricos que funcionem como correspondentes bancários, não merece guarida visto que se apresenta como inovação à lide, tendo em vista que não fora formulado quando da apresentação da contestação. Ademais, não se vislumbra o julgamento *ultra petita* mencionado pela recorrente, visto que a sentença decidiu nos exatos termos propostos pela peça de ingresso.

Rejeita-se a preliminar.

A Recorrente sustenta que nem todos os permissionários lotéricos funcionam como correspondentes bancários, pois, -boa parte deles permanece com funções -tradicionais ou clássicas de loterias- (a fls. 493). Entende, portanto, que a decisão, ao não fazer tal distinção, acabou por julgar além do que foi pedido. Diz violado o art. 460 do CPC.

As razões recursais não enfrentam a tese decisória eleita sobre a matéria, no sentido de que os argumentos lançados em sede de Recurso Ordinário se mostram inovatórios. Assim, à margem do que foi deduzido pelo Recorrente, merece ser mantido o entendimen-

to regional. Incólume o disposto no art. 460 da CPC, visto que sequer demonstrada sua aplicação ao caso em tela, diante os fundamentos adotados pelo órgão julgador.

Não conheço, no particular.

### **RESPONSABILIDADE DA CEF**

#### **- INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO - DAS PENAS E MULTAS - CONDIÇÕES DE TRABALHO - EQUIPARAÇÃO AOS BANCÁRIOS**

O Ministério Público ajuizou a presente ação buscando a equiparação dos empregados lotéricos aos bancários, bem como a adaptação das condições de trabalho no que diz respeito à segurança do estabelecimento e às adequações ergonômicas. Na esteira de tal pedido, pretende ainda a condenação da CEF ao pagamento de indenização por -dano moral genérico de natureza difusa- no valor de R\$ 500.000,00 (quinquinhos mil reais) e multa diária pelo descumprimento de obrigação de fazer no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O Regional acolheu os pedidos determinando o afastamento de qualquer cláusula contratual que afaste a responsabilidade da CEF pela prestação de serviços decorrentes do convênio firmado com as lotéricas, assim como condenou a Reclamada a promover as medidas de segurança e adaptações ergonômicas requeridas na inicial; a equiparação dos empregados aos bancários; o pagamento da indenização por dano moral coletivo e a multa pelo descumprimento da obrigação de fazer.

As questões recursais reclamam o exame conjunto, pois de-

correm originariamente do mesmo fato gerador, qual seja, a responsabilidade da CEF pelo reconhecimento dos direitos adquiridos pela categoria dos bancários aos empregados das casas lotéricas.

A Recorrente sustenta, em síntese, que os empregados lotéricos não executam as mesmas funções atribuídas aos bancários. Alega a inexistência dos requisitos capazes de autorizar o pagamento de indenização por dano moral. Aduz as dificuldades de implantação de sistemas de segurança nos mesmos moldes daqueles utilizados nos bancos. Afirma a responsabilidade das lotéricas pelas condições de trabalho de seus funcionários. Diz violados os arts. 7.º, XXVII, da Constituição Federal e 13 da Lei n.º 7.347/85, 1.142 do CCB, 1.º da Lei n.º 7.102/83 e 2.º da res./CNM n.º 3.110/2003. Traz aresto ao confronto jurisprudencial.

O Regional atribuiu à CEF a responsabilidade pela implantação das mesmas condições de trabalho dos bancários aos lotéricos, em decorrência do convênio firmado com as casas lotéricas para a prestação de determinados serviços bancários.

Dentro de tal contexto, o aresto trazido, a fls. 498/500, demonstra a existência de divergência jurisprudencial, ao atribuir ao correspondente bancário (lotérica) a responsabilidade exclusiva pelo contrato de trabalho de seus empregados, o que autoriza o conhecimento da Revista (art. 896, -a-, da CLT).

## **MÉRITO CASAS LOTÉRICAS - EQUIPARAÇÃO COM OS BANCÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONDIÇÕES DE TRABALHO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO**

Assim se pronunciou o Regional sobre a matéria, a fls. 342/347:

A unidade lotérica comercializa todas as loterias federais, os produtos assemelhados e atua na prestação de todos os serviços delegados pela CEF.

Quais são, afinal, os serviços delegados pela CEF para as unidades lotéricas? São os seguintes: o recebimento de contas de concessionárias (água, luz e telefone), carnês, prestações, faturas e documentos de diversos convênios, os serviços financeiros como correspondentes da CEF autorizados pelo Banco Central e os pagamentos dos benefícios da rede de proteção social, com o objetivo de favorecer a população, propiciando maior comodidade. É inegável, diante dessa lista, que existe prestação de serviço idêntico aos dos bancários.

É claro que os serviços típicos de bancários não são exclusivos, pois existe a comercialização, por convênio firmado pela CEF, de jogos e produtos semelhantes às loterias, mas é certo que, cada vez mais, com a benevolência do Estado, o que era regra está se tornando exceção e vice-versa.

Essa questão é fundamental na identificação da decisão adequada deste processo, merecendo ser explicada detalhadamente. Basicamente, a atividade bancária está relacionada à interme-

diação financeira, ou seja, na captação, no mercado, de recursos dos doadores, transferindo-se aos tomadores, com incidência de juros, que são maiores nos empréstimos e menores no pagamento da captação.

As loterias realizam, atualmente, inúmeras atividades bancárias, dentre as quais se destacam as seguintes:

Pagamento de benefícios sociais (bolsa família, INSS, FGTS, PIS, seguro-desemprego, etc.); Recebimento de contas de concessionárias públicas (água, luz e telefones);

Recebimento de boletos de outros bancos com valor de até R\$ 500,00 (quinhentos reais);

Recebimento de prestação habitacional;

Consultas de saldos de contas correntes e poupanças;

Saques em contas correntes e poupanças com cartão magnético;

Vendas de produtos de capitalização;

Recebimento de propostas de conta corrente, cartão de crédito, cheque especial e empréstimo por consignação para aposentados do INSS.'

Como facilmente se percebe, a delegação está desvirtuada. Em sua larga maioria, os serviços prestados pelas lotéricas estão inseridos nas atividades-fim das instituições financeiras, visto que são de bancos múltiplos e comerciais. Com outras palavras, vale dizer que os empregados das lotéricas, quando autenticam os aludidos documentos, contam dinheiro, recebem propostas de cartões de crédito e empréstimos etc., realizam atividades típicas de bancários.

Nesse cenário, impõe-se regis-

trar a luta histórica da categoria dos bancários, a qual, através do instrumento da greve, tem alcançado ganhos merecidos em nível normativo, principalmente em virtude de sua desgastante e perigosa atividade, inerente aos trabalhadores das instituições financeiras. O que acontece é que os bancos que, à evidência, são as instituições que mais se beneficiam da política neoliberal (discurso oficial) - encontraram, enfim, uma fórmula mágica de maximizar os seus lucros pagando menos ao que lhe é mais caro, ou seja, aos trabalhadores, que, quando não são substituídos pelo maquinário, se vêem dispensados em troca de mão-de-obra mais barata, sob a máscara da terceirização. Longe ficou a atividade de jogos, que sempre esteve fora do ambiente bancário. No caso presente, observa-se que, atualmente, na prática, a CEF, além de delegar a comercialização de loterias federais, realiza intermediação ilícita de mão-de-obra.

A influência da CEF é tamanha que ela influência até mesmo no local da instalação das lotéricas. A CEF identifica áreas (bairros, Municípios etc.), constantes no edital de licitação, através do estudo de mercado. Em sua proposta, o candidato indica o local para instalação, e a CEF avalia a indicação, de acordo com os critérios preestabelecidos no edital. Se o empresário lotérico quiser mudar de local, deverá ter prévia anuência da CEF.

Vale perceber que o empresário lotérico não tem custo em relação à aquisição dos equipamentos da unidade lotérica, já que estes são fornecidos pela

CEF, sob regime de comodato, sem ônus para o empresário lotérico. A manutenção pela correta utilização dos equipamentos da unidade lotérica, já que estes são fornecidos pela CEF, sob regime de comodato, sem ônus para o empresário lotérico. A manutenção pela correta utilização dos equipamentos também ocorre por conta da CEF. Isso ocorre, por certo, em razão da inegável vantagem na intermediação dos serviços bancários.

A CEF oferece aos empresários lotéricos o direito de utilização da marca, sempre conforme diretrizes traçadas pela própria CEF. Observe-se que é obrigatória a comercialização dos produtos lotéricos da CEF. Em outras palavras, as loterias têm que comercializar todas as loterias federais, atuar na prestação de serviços delegados e na venda de produtos convencionados administrados pela CEF.

Normalmente, para a contratação, a CEF exige, tanto do empresário lotérico como de seus funcionários, treinamento e/ou desenvolvimento de natureza empresarial, gerencial administrativa, financeira, contábil, recursos humanos e vendas, de acordo com a carga horária. Demais disso, é obrigatória a participação do empresário lotérico em todos os cursos ministrados pela CEF ou por empresa por ela contratada.

A alteração contratual é facultada, desde que haja prévia autorização pela CEF.

Como se vê, a CEF exerce uma forte zona de influência sobre as loterias, cujas atividades, ao longo do tempo, passaram a abranger serviços típicos de

bancários. Trata-se, pois, de ilícita intermediação de mão-de-obra, que, por alteração na forma de celebração do convênio (contrato de adesão), exige revisão nos efeitos trabalhistas da respectiva permissão administrativa.

Os empregados das loterias trabalham com numerários em locais de constante circulação de pessoas. Esse fato reclama atenção para o perigo de assaltos. A insegurança, de maneira inegável, é um problema de toda a sociedade, mas ela se agrava em locais onde os bandidos sabem da existência de constante circulação de numerários. Nas loterias, ao contrário das instituições financeiras, não é registrada a presença de guardas armados, portas giratórias com detector de metais e circuito interno de TV. Os trabalhadores das lotéricas merecem menos proteção que os bancários? É evidente que não. Ambos lidam com numerários. Como se vê, esse problema social está em discussão neste processo, e a Justiça do Trabalho não pode deixar de tutelar o jurisdicionado que carece de proteção. Veja-se que não é somente a vida dos trabalhadores das lotéricas - que, por si, já bastava - que está em jogo. São temas como os efeitos psicológicos de um assalto (depressão, síndrome do pânico etc.), aumento no recebimento de benefícios previdenciários, desestruturação familiar etc. O fato imprevisível, pela sua natureza, não 'avisa' a respeito de sua ocorrência.... Cabe à justiça do Trabalho, identificando os 'sinais de previsibilidade', antecipar a prevenção do ilícito....

Dessarte, alternativa não resta a este juízo senão o deferimento dos pedidos deduzidos na petição inicial.

A princípio, cumpre examinar a responsabilidade da CEF frente aos pedidos formulados na inicial.

O Ministério Público pleiteia a exclusão de cláusula prevista em contrato firmado entre a CEF e as casas lotéricas, bem como a equiparação dos empregados daquelas casas aos bancários e, ainda, a implantação de normas de segurança, já adotadas nos estabelecimentos bancários, nas lotéricas.

Não se pode deixar de considerar que as casas lotéricas não são obrigadas a firmar o contrato com a CEF para a prestação de serviços referentes ao chamado -correspondente bancário-. Aliás, a autonomia das partes é condição essencial para a validade do contrato.

Embora se evidencie, na presente ação, a intenção do Ministério Público em garantir melhores condições de trabalho aos empregados das lotéricas, iniciativa que deve ser louvada, o contrato firmado com a CEF não tem o condão de afastar as obrigações e direitos decorrentes da relação mantida entre os empregados e os donos das lotéricas. Dentro de tal contexto, tais obrigações dizem respeito à segurança dos empregados e as condições de trabalho oferecidas, justamente o objeto da presente ação.

A implantação de normas capazes de propiciar condições mais favoráveis de trabalho aos empregados passa pela opção dos empre-

gadores em arcar com tal ônus, decidindo, portanto, se lhes são favoráveis as condições oferecidas pela CEF por meio do contrato.

Atribuir à CEF a responsabilidade principal pelas obrigações seria retirar o poder direutivo dos donos da lotérica em relação a seus empregados e, consequentemente, restringir-lhes a capacidade de gerenciamento dos seus empreendimentos. Este não é o objetivo do contrato de prestação de serviços proposto pela CEF.

Ainda que se permita a discussão acerca da possibilidade de implantação do sistema de -correspondentes bancários-, diga-se, implantado com inegáveis benefícios à população, a questão não se resolve somente pela responsabilização da CEF pelas condições de trabalho a serem impostas à margem da relação legítima que regula o vínculo de emprego firmado entre os donos das lotéricas e seus funcionários.

Nesse sentido, considerando os pedidos formulados na presente ação, constata-se que a responsabilidade da CEF seria, no máximo, subsidiária em relação aos contratos de trabalho firmados entre os empregados e os donos das lotéricas, sendo que tal discussão somente seria cabível dentro do contexto fático experimentado por cada relação de emprego formalizada e não à luz do contrato de prestação de serviço mantido entre empresas.

Assim, diante da impossibilidade de se atribuir à CEF a titularidade dos direitos e obrigações que regulam a relação de empre-

go firmada entre os empregados e donos de lotéricas, não há como se deferir os pedidos formulados na inicial por meio da presente Ação Civil Pública.

Pelo exposto, dou provimento à Revista para excluir da condenação a determinação de afastamento da cláusula que isenta a CEF da responsabilidade decorrente da prestação de serviços pelas lotéricas, o cumprimento das obrigações decorrentes da equiparação dos lotéricos aos bancários, bem como a indenização por danos morais coletivos e a multa pelo descumprimento da obrigação de fazer, julgando, consequentemente, improcedente a ação.

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer do Recurso de Revista quanto à responsabilidade da CEF

pelos direitos decorrentes da equiparação entre os bancários e os lotéricos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a determinação de afastamento da cláusula que isenta a CEF da responsabilidade decorrente da prestação de serviços pelas lotéricas, o cumprimento das obrigações decorrentes da equiparação dos lotéricos aos bancários, bem como a indenização por danos morais coletivos e a multa pelo descumprimento da obrigação de fazer, julgando, consequentemente, improcedente a ação. Custas em reversão. Isento na forma da lei (art. 790-A da CLT).

Brasília, 04 de maio de 2011.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

Maria de Assis Calsing  
Ministra Relatora



# **PARTE 3**

## **NORMAS EDITORIAIS**

## **DE PUBLICAÇÃO**



---

# Normas Editoriais de Publicação

## I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

## II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte "Juris Tantum" do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu site na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

## III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

---

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

#### **IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS**

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <[http://www.advocef.org.br/\\_arquivos/40\\_1047\\_termocessao.doc](http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc)>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábigos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

---

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transscrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). In: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n. 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de <> (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do site) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

---

## **V - ANÁLISE DOS TRABALHOS**

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

## **VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS**

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 1410 - Ed. João Carlos Saad  
Fone (61) 3224-3020

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

\*\*O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.

**Justiça e razão prática a partir de Aristóteles**  
Gryecos Attom Valente Loureiro

**A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho: por que o direito internacional pode colaborar com o direito interno brasileiro?**  
Anelise Ribeiro Pletsch

**A Súmula 331 do TST e a responsabilidade da Administração Pública**  
Ronaldo E. Scarponi Júnior

**Considerações sobre o juízo de admissibilidade recursal e a política de desafogamento dos tribunais superiores**  
Karine Volpato Galvani

**Direitos patrimoniais de autor *versus* direitos culturais do cidadão: fundamentos para a proposição de um direito autoral-constitucional**  
Ciro de Lopes e Barbuda

**O direito à cultura como um direito fundamental do cidadão brasileiro**  
Jairdes Carvalho Garcia

**Recuperação judicial de créditos e paraísos fiscais**  
Gilberto Moreira Costa

**O Estado e sua responsabilização civil**  
Lisandra de Andrade Pereira